

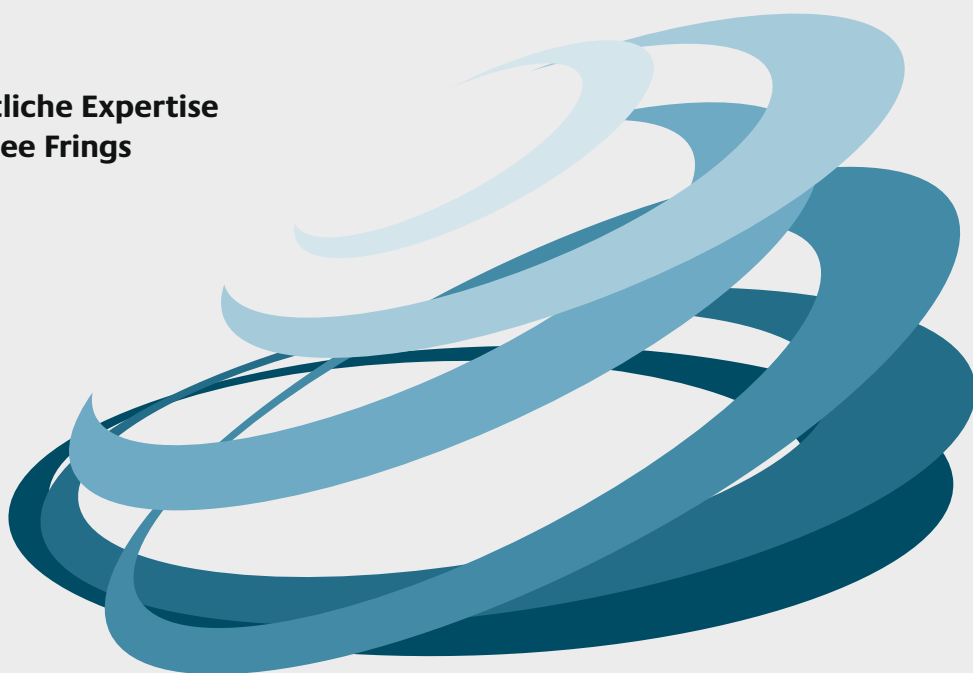


Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen

Diskriminierungen von Musliminnen und Muslimen im Arbeitsleben und das AGG

**Rechtswissenschaftliche Expertise
Prof. Dr. jur. Dorothee Frings**



Zusammenfassung

Muslimin oder Muslim zu sein oder als solche/-r wahrgenommen zu werden, bildet einen eigenständigen Grund für Diskriminierungen im Arbeitsleben. Für die rechtliche Zuordnung zu dem verbotenen Anknüpfungsmerkmal „Religion“ reicht es, wenn die Zuordnung zum Islam neben anderen Zuschreibungen einen Anteil an der Stigmatisierung hat.

In der **Privatwirtschaft** darf die Religionszugehörigkeit bei Entscheidungen über Einstellung, Versetzung, Kündigung etc. nicht berücksichtigt werden. Nur in wenigen Ausnahmefällen kann das Tragen eines Kopftuchs oder ein sonstiges religiöses Verhaltensgebot zu einer fehlenden Eignung für die Ausübung oder für die Bedingungen einer Tätigkeit führen.

Religionsgemeinschaften und religiös ausgerichtete Wohlfahrtsverbände dürfen das Bekenntnis zu ihrer Religion für eine Beschäftigung voraussetzen, wenn die Tätigkeit oder die Umstände der Ausübung in einem Zusammenhang mit dem religiösen Auftrag der Organisation stehen. Dieser Auftrag wird von den Religionsgemeinschaften autonom bestimmt und kann nicht auf seine Angemessenheit hin überprüft werden. Steht die Tätigkeit nicht in einer Beziehung zu dem religiösen Auftrag, sind Ungleichbehandlungen wegen der Religion untersagt. § 9 AGG muss insoweit an die Vorgaben der europäischen Rechtssetzung angepasst werden.

Der **öffentliche Dienst** unterliegt den Vorschriften des AGG. Im Bereich der Schulen sind Einschränkungen der Religionsfreiheit verfassungsrechtlich zulässig, wenn sie auf einem Landesgesetz beruhen, welches die Religionsausübung für alle Religionen gleichermaßen beschränkt oder welches in diesem Sinne verfassungskonform ausgelegt werden kann. Die Übereinstimmung der landesrechtlichen Regelungen mit dem AGG und dem Recht der Europäischen Union ist zweifelhaft. Die Übertragung des Verbots religiöser Symbole auf andere Bereiche des öffentlichen Dienstes ist nicht mit den strikten Anforderungen des AGG und des EU-Rechts an die Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot vereinbar.

Am **Arbeitsplatz** ist das Recht auf freie Religionsausübung gewährleistet. Bei Kollisionen mit betrieblichen Anforderungen sind Benachteiligungen nur dann zulässig, wenn sich die verschiedenen Belange nicht miteinander vereinbaren lassen und das betriebliche Interesse von überwiegender Bedeutung ist.

Der innerbetriebliche Bereich ist anfällig für **verdeckte Diskriminierungen**. Der tatsächliche Umfang von Entgeltdiskriminierungen, Benachteiligungen bei der Aufstiegsförderung und islamfeindlichen und sexistischen Belästigungen ist unbekannt. Zur Bekämpfung dieser Diskriminierungsformen sind Untersuchungsergebnisse und weitergehende Klagemöglichkeiten (Verbandsklage) erforderlich.

Auch bei den **Institutionen der Arbeitsverwaltung** kann es zu individuellen und strukturellen Diskriminierungen kommen. Musliminnen und Muslime müssen an den Maßnahmen der Arbeitsmarktintegration gleichberechtigt teilhaben. Zulässig und geboten sind auch positive Maßnahmen zur Überwindung der Hürden beim Zugang zum Arbeitsmarkt.

Das Zusammentreffen struktureller Diskriminierungen und unbewusster Stereotypenbildungen erfordert ein **Schutzkonzept**, welches rechtliche Vorgaben und Sanktionsmaßnahmen eng verzahnt mit kooperativen Prozessen, Aufklärungsmaßnahmen und positiven Förderkonzepten.

Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen

Diskriminierungen von Musliminnen und Muslimen im Arbeitsleben und das AGG

Rechtswissenschaftliche Expertise

**Prof. Dr. jur. Dorothee Frings
Hochschule Niederrhein, FB Sozialwesen
August 2010**

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	7
2.	Rechtsgrundlagen der Diskriminierungsbekämpfung im nationalen und internationalen Recht	9
2.1	Grundlagen im Recht der Vereinten Nationen	9
2.2	Grundlagen in der EMRK	11
2.3	Grundlagen im Recht der Europäischen Union	13
2.3.1	Amsterdamer Vertrag	13
2.3.2	Antidiskriminierungsrichtlinien	14
2.3.3	Lissabonner Vertrag und Europäische Grundrechtscharta	17
2.4	Nationales Recht	18
2.4.1	Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GG	18
2.4.2	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	19
2.4.3	Betriebsverfassungsgesetz	21
2.4.4	Sozialrecht	21
2.5	Zusammenfassung	22
3.	Diskriminierungsgründe	24
3.1	Diskriminierung wegen der Religion	24
3.1.1	Der Begriff der Religion	24
3.1.2	Die Religionsausübung	24
3.1.3	Verhältnis zur korporativen Religionsfreiheit	26
3.2	Mehrfachdiskriminierungen im Kontext von Religion: Ethnie und Geschlecht	26
3.2.1	Begrifflichkeiten	26
3.2.2	Entwicklung im europäischen Recht	28
3.2.3	Neuere Diskussion	29
3.2.4	Religion und Ethnie	29
3.2.5	Religion, Ethnie und Geschlecht	30
4.	Musliminnen und Muslime im Spannungsverhältnis zwischen Diskriminierung und dem Schutz öffentlicher und privater Interessen	33
4.1	Diskriminierung bei Einstellung durch private Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber	33
4.1.1	Strukturveränderung durch das AGG	33
4.1.2	Das Fragerecht des Arbeitgebers	34
4.1.3	Der Verzicht auf die Religionsausübung als berufliche Anforderung	35
4.1.4	Rechtfertigung auf Grund von Arbeitsabläufen	39
4.1.5	Rechtfertigung zum Schutz der Betriebsharmonie	40
4.2	Diskriminierung bei Einstellung durch kirchliche Träger	41
4.2.1	Das deutsche Kirchenprivileg	43
4.2.2	Die Reichweite der Ausnahmbestimmung des § 9 AGG	45
4.2.2.1	Die zulässige Diskriminierung wegen der Religion in § 9 AGG	45
4.2.2.2	Auslegung auf der Grundlage der RL 2000/78/EG	46
4.2.2.3	Einwirkungen der EMRK und der GRC	49
4.2.2.4	Verfassungsrechtliche Grenzen der europarechtskonformen Auslegung	50
4.2.2.5	Mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft	51

4.2.3 Ausblick und Stellungnahme	52
4.3 Diskriminierung bei Einstellung im öffentlichen Dienst	54
4.3.1 Diskriminierungsverbot nach Art. 33 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 GG	54
4.3.1.1 Geltungsbereich	54
4.3.1.2 Religionsfreiheit im öffentlichen Dienst und staatliche Neutralität..	55
4.3.1.3 Schutz gegenläufiger Verfassungsrechte	56
4.3.1.3.1 Kopftuch in der Schule	56
4.3.1.3.2 Übertragbarkeit auf andere Bereiche des öffentlichen Dienstes	61
4.3.2 Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot nach § 7 AGG	63
4.3.3 Ausblick.....	66
4.4 Diskriminierungen am Arbeitsplatz	67
4.4.1 Mittelbare Diskriminierungen durch Arbeitsabläufe und allgemeine Weisungen des Arbeitgebers	67
4.4.1.1 Bekleidungs Vorschriften	70
4.4.1.2 Kontakt mit unreinen Lebensmitteln	70
4.4.1.3 Die Verhinderung religiöser Verrichtungen	71
4.4.1.4 Arbeitsfreistellung für Feiertage und Pilgerfahrten	74
4.4.2 Benachteiligung bei der Entgeltzahlung	75
4.4.4 Belästigungen durch Beschäftigte und Dritte	76
4.5 Diskriminierung durch Kündigung	79
4.6 Diskriminierungen im Bereich der Arbeitsverwaltung	81
5. Diskriminierungsschutz	87
5.1 Rechtsschutz nach dem AGG	87
5.1.1 Einstellungsanspruch	87
5.1.2 Kündigungsschutz	88
5.1.3 Schadensersatz	89
5.1.4 Entschädigung	90
5.1.5 Leistungsverweigerungsrecht	93
5.1.6 Rechtsmittel der Beschäftigten-Vertretungen	94
5.2 Schutzkonzepte	95
5.2.1 Innerbetriebliche Verfahren	95
5.2.2 Arbeitsverwaltung/Kommune	101
5.2.3 Die Bedeutung der Sozialforschung	102
6. Handlungsempfehlungen	103
6.1 Empfehlungen an den Gesetzgeber	104
6.1.1 Empfehlungen zu Bundesgesetzen	104
6.1.2 Empfehlungen zu Landesgesetzen	105
6.3 Zusätzliche Empfehlungen für den öffentlichen Dienst	107
6.4 Empfehlungen an Gewerkschaften und Arbeitgebervertretungen	108
6.5 Empfehlungen an die konfessionellen Träger sozialer Dienstleistungen	108
6.6 Empfehlungen an die Akteure der Arbeitsmarktintegration	108
6.7 Empfehlungen an sonstige öffentliche Verwaltungen und Institutionen	110
6.8 Schlussbemerkung	111
Literatur	112
Abkürzungsverzeichnis	129

1. Einleitung

Die Diskriminierung von Musliminnen und Muslimen hat über lange Zeit weder in der Öffentlichkeit noch in der sozial- und rechtswissenschaftlichen Literatur eine nennenswerte Rolle gespielt. Selbst die internationalen Menschenrechtsorganisationen haben sich mit Ungleichbehandlungen wegen der islamischen Religionszugehörigkeit allenfalls am Rande beschäftigt.¹

Es erscheint zunächst nahe liegend, dass die Religion in säkularisierten Staaten wie der Bundesrepublik in der Arbeitswelt kaum Beachtung findet. Über viele Jahrzehnte stieg der Anteil islamischer Religionszugehöriger an der Erwerbsbevölkerung in Deutschland. In dieser Zeit wurden heftige Debatten zur Überfremdung und Gefährdung von Arbeitsplätzen durch „die Ausländer“ geführt; die Religionszugehörigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer war jedoch kein Thema.

Erst seit Beginn dieses Jahrhunderts lässt sich eine deutliche Verlagerung von der Ausländerfeindlichkeit zur Islamfeindlichkeit feststellen. Weltweit prägend für diese Entwicklung waren die Anschläge vom 11. September 2001 und das Vordringen des islamistischen Terrorismus in die mitteleuropäischen Staaten.

Parallel dazu lassen sich Veränderungen am Arbeitsmarkt in Deutschland feststellen, die zu einer deutlichen Verschärfung der Konfrontation mit dem Islam im Bereich von Ausbildung und Beschäftigung geführt haben. Waren die muslimischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis Ende der 80er-Jahre vorwiegend als Ungelernte oder Angelernte beschäftigt, so strebte ein Teil der nachfolgenden Generation erstmals in gut qualifizierte und akademische Berufe. Hinzu kamen die Flüchtlinge muslimischer Religionszugehörigkeit, die nach anfänglichen Jahren des Arbeitsverbots begannen, ihre mitgebrachten Qualifikationen im Berufsleben einzusetzen.

Die Veränderung der Erwerbsbeteiligung der muslimischen Bevölkerung zusammen mit der langen Aufenthaltsdauer und dem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit führte auch zu einem neuen Selbstbewusstsein und dem Anspruch auf Teilhabe in allen gesellschaftlichen Bereichen. Die deutsche Ursprungsbevölkerung sah sich mit dem Anspruch konfrontiert, muslimischem Leben auf Augenhöhe zu begegnen. Mit der offiziellen Akzeptanz der Zuwanderungsgesellschaft geriet zudem die allgemeine Ausländerfeindlichkeit immer mehr ins politische Abseits. Die unveränderten Ängste vor dem Verlust von Homogenität und dem unfassbar Bösen in dieser Welt lassen sich auf dem Hintergrund der Gefahr des islamistischen Terrorismus leicht auf die islamische Religion als solche fokussieren.

¹ ILO, 2007, S. 33.

Die Haltung gegenüber dem Islam findet eine Zuspitzung in der Einstellung gegenüber dem islamischen Kopftuch, die sich auf alle Bereiche des Arbeitslebens auswirkt. Bereits die wenigen vorliegenden Untersuchungen zeigen, dass das Kopftuch überwiegend als unerwünscht oder sogar als unvereinbar mit Berufstätigkeit gilt (Peucker, S. 54). Richtet sich diese Ablehnung tatsächlich gegen das sichtbare Bekenntnis zur islamischen Religion? Oder werden nicht mit diesem Kleidungsstück Stereotypen transportiert, bei denen es um Frauenrollen, um kulturelle Rückständigkeit und um Ignoranz oder Opposition gegenüber der westlichen Zivilisation geht? Und werden diese Bilder wieder rückübertragen auf die Vorstellungen vom Islam und wirken dann gegen alle Musliminnen und Muslime?

Es fällt nicht leicht, derartig diffuse Stigmatisierungen rechtlich einzuordnen. Zum einen sind die verdeckten Mechanismen und unbewussten Motive schwer zugänglich, zum anderen verfügt die Rechtsdogmatik nur über abstrakte Tatbestände, um hochkomplexe Lebensvorgänge zu erfassen. Die Diskriminierung von Musliminnen und Muslimen kann sicher nicht allein mit dem Fokus Religion betrachtet werden, der Kontext von Ethnie, Geschlecht und weiteren Merkmalen lässt sich bei vielen Vorgängen nicht ausblenden.

Nicht allein die Mehrdimensionalität trägt zur Komplexität des Untersuchungsgegenstands bei, auch finden sich verschiedene Diskriminierungsformen in unterschiedlichen Sektoren des Arbeitslebens und hier wiederum an mehreren Schnittstellen.

Die Untersuchung wird anhand der einzelnen Stationen des Arbeitslebens das Wechselspiel von Diskriminierungsverboten und Ausnahmetatbeständen beleuchten. Die Aufteilung in Einstellung, Arbeitsplatz, Kündigung und Arbeitslosigkeit bietet den Vorteil, die Arbeitswirklichkeit stärker in den Mittelpunkt zu rücken, muss allerdings mit gewissen Überschneidungen und Verweisungen leben. So werden die beiden großen Bereiche der rechtlichen Diskriminierung – öffentlicher Dienst und kirchliche Träger – in dem Kapitel zur Diskriminierung bei der Einstellung behandelt, weil der Diskriminierung bei der Begründung der Arbeitsverhältnisse die größte praktische Bedeutung zukommt. Grundsätzlich auftreten können diese Konflikte aber in allen Stationen des Arbeitslebens.

Das Kapitel zum Rechtsschutz kann nicht auf die zahlreichen offenen Fragen im Rahmen des AGG und im Zusammenwirken und der Konkurrenz mit anderen Rechtsansprüchen eingehen. Auf der Grundlage jeweils einiger weniger Hinweise wird ausschließlich zu Fragen Stellung genommen, die sich auf die spezifische Diskriminierungssituation von Musliminnen und Muslimen beziehen. Die Aufteilung zwischen den formalen Rechtsmitteln und den Schutzkonzepten soll deutlich zum Ausdruck bringen, dass nur eine Balance aktiver und reaktiver Mechanismen angemessen auf die Ausgrenzungssituation gegenüber der islamischen Erwerbsbevölkerung reagieren kann.

Die Untersuchung wird nicht zu allen Fragen eindeutige Standpunkte beziehen können, weil in manchen Bereichen auch der Gestaltungswille der Politik zu beachten ist.

Die abschließenden Handlungsempfehlungen sollen vor allem die Vorschläge der sozialwissenschaftlichen Studien ergänzen oder verstärken.

2.

Rechtsgrundlagen der Diskriminierungsbekämpfung im nationalen und internationalen Recht

2.1 Grundlagen im Recht der Vereinten Nationen

Das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion findet sich bereits in der **Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen** (AEMR) von 1948, der Urmutter des modernen Menschenrechtsschutzes der Völkergemeinschaft, an prominenter Stelle in Art. 2 Abs. 1. Es handelt sich um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, welches den Genuss der in der Erklärung verbürgten Menschenrechte ohne Unterscheidung u. a. nach der Religion gewährleistet. Das Versprechen der Teilhabe an den Rechten und Freiheiten ohne Unterscheidung nach bestimmten Kriterien, wie der Religion, verknüpft bereits in der AEMR die Freiheitsrechte mit dem Gleichbehandlungsanspruch, der weltweit gerade bei dem Kriterium Religion immer wieder in Frage gestellt wird. Auch die UN-Menschenrechtscharta betont den Diskriminierungsschutz in Art. 1 Abs. 3 und 13 Abs. 2, obwohl sie keinen Grundrechtskatalog enthält und weist damit dem Diskriminierungsschutz einen Rang noch vor den Freiheitsrechten zu.²

In den beiden Menschenrechtspakten der UN³, die für die Mitgliedstaaten verbindliche Pflichten enthalten und mit Überwachungsmechanismen ausgestattet sind, wird das Diskriminierungsverbot, jeweils bezogen auf die in den Abkommen verbürgten Rechte, aufgegriffen (jeweils Art. 2 Abs. 1) und die Verpflichtung der Staaten festgelegt, Regelungen zu treffen, um Diskriminierung durch Dritte entgegenzuwirken (jeweils Art. 2 Abs. 2). Zusätzlich enthält der IPbpR in Art. 26 Abs. 1 einen Gleichheitssatz unabhängig von den Rechten der Konvention und in Art. 26 Abs. 2 eine Verpflichtung zu wirksamen Schutzmaßnahmen. Ob hieraus auch eine Verpflichtung zum Erlass von Gesetzen zum Schutz vor Diskriminierung durch Private zu folgern ist, bleibt umstritten und lässt sich aus den bislang vom Menschenrechtsausschuss entschiedenen Individualbeschwerden nicht ableiten.⁴

Anders als zur Rassendiskriminierung und zur Gleichstellung von Frauen und Männern besteht bislang kein eigener Pakt zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion. Durch die Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen 1781⁵ aus dem Jahr 1963 wurde zwar die Erarbeitung einer eigenständigen Konvention in Auftrag gegeben, die Religionsfreiheit erwies sich jedoch als ein so sensibles Unterfangen, dass die eingesetzte Kommission des Menschenrechtsausschusses 1989 beschloss, das Vorhaben nicht

² Wolfrum in Wolfrum, 2003, S. 215, 218; Schiek in Schiek, 2007, Einleitung AGG, Rn. 10.

³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) vom 16.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1534; Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr) vom 16.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1570.

⁴ Schiek in Schiek, 2007, Einleitung AGG, Rn. 13.

⁵ U.N. Doc. A 5217 (1963).

weiterzuverfolgen.⁶ Der Religionsschutz wird von den Staaten vor allem wegen der in vielen Staaten bestehenden Mehrheitsreligionen, die ihre Vorherrschaft nicht in Frage stellen lassen wollen, nicht priorisiert; die Völkergemeinschaft ist ersichtlich noch weit entfernt von einem diskriminierungsfreien Umgang mit den verschiedenen Glaubensrichtungen.⁷

Nach zwanzig Jahren Vorbereitung kam es 1981 zumindest zur Verabschiedung der **Deklaration zur Beseitigung aller Formen der Intoleranz und Diskriminierung basierend auf Religion oder Glaube**. In Art. 4 werden die Staaten verpflichtet, Gesetze und Maßnahmen zu erlassen, die jedwede Ungleichbehandlung wegen der Religion in allen Bereichen der Gesellschaft untersagt. In Art. 6 wird ausdrücklich das Recht der Religionsausübung (forum externum) geschützt und Rechte nicht nur des Individuums auf Religionsfreiheit, sondern auch korporative Freiheitsrechte der Religionsgemeinschaften anerkannt.⁸ Es handelt sich um Soft Law, eine rechtliche Verbindlichkeit wird für die Staaten durch die Deklaration nicht ausgelöst. Die Menschenrechtskommission setzte jedoch im Jahr 1986 einen Sonderberichterstatter für den Bereich Religionsfreiheit ein, um die besondere Bedeutung für den Erhalt des Weltfriedens zu unterstreichen. Auch diese Berichterstattung hatte sich mit den Grenzen der Religionsfreiheit auseinanderzusetzen. Als zentrales Problem zeigte sich die Abgrenzung zum religiösen Extremismus.

“Each religion tends to believe that it is the sole guardian of the truth and that it has a duty to make everyone bear witness to that truth. That does not always contribute to tolerance among religions.”⁹

Die Grenze zwischen missionarischen Tätigkeiten und religiöser Intoleranz verläuft fließend. Sicher aber ist der Bereich der geschützten Religionsfreiheit überschritten, wenn in irgendeiner Weise gewaltsam, mit Druck oder Täuschung auf Personen eingewirkt wird, um religiöse oder weltanschauliche Haltungen oder Handlungen zu erzwingen.¹⁰ Gleichzeitig gilt es zu gewährleisten, dass der Umgang mit extremistischen Personen oder Gruppen keinen Verfolgungscharakter annimmt. Insbesondere kann die Diskriminierung einer gesamten Religion, begründet mit dem Extremismus einiger weniger, selbst wiederum Fanatismus und Extremismus fördern. Extremistische Haltungen dürfen auch nicht als Vorwand benutzt werden, um politisch unbequeme Gruppen zu bekämpfen.¹¹

Besondere Aufmerksamkeit widmeten die Berichterstatter auch dem Problem der Unterdrückung von Frauen im Namen der Religion. Religiöse Toleranz darf nicht verwechselt werden mit einer blinden Akzeptanz von Menschenrechtsverletzungen im Namen der Religion. Die UN-Berichterstattung positioniert sich deutlich für einen Vorrang der Selbstbestimmungsrechte von Frauen gegenüber der Religionsfreiheit.¹²

6 U. N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1989/58, E/CN.4/1990/2 (1989).

7 Ghanea in Ghanea, 2003, S. 9, 29 ff.

8 Wolfrum in Grote/Marauhn, 2001, S. 53, 68; Ghanea in Ghanea, 2003, S. 9, 10.

9 Amor, A., Implementation of the Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, U. N. Doc. A/51/542 para. 48 (1996).

10 Evans in Ghanea, 2003, S. 33, 42.

11 Amor, A., Implementation of the Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, U. N. Doc. A/50/440 para. 77 (1995).

12 Amor, A., Implementation of the Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, U. N. Doc. A/56/243 para. 146 (2001).

Diffamierungen von Religionen, insbesondere in Form der „Islamophobie“, sind ein weiteres Thema der Berichterstattung. Hier gelingt es jedoch nicht, im Spannungsverhältnis zwischen Meinungs- und Pressefreiheit und der Achtung vor der religiösen Identität von Menschen und Gruppen allgemeine Kriterien aufzustellen.¹³

Diskriminierungsverbote wegen der Religion finden sich auch in den übrigen Menschenrechtskonventionen jeweils bezogen auf die darin niedergelegten Rechte.

Besondere Bedeutung haben wegen der Mehrdimensionalität der Diskriminierung von Muslimen das **Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung** vom 7. März 1966 (BGBl. 1969 II, S. 961) und das **Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau** vom 18. Dezember 1979. Die Anti-Rassismuskonvention untersagt jede Rassendiskriminierung hinsichtlich des Rechts auf Religionsausübung in Art. 5 lit. d Nr. 7. Die Frauenrechtskonvention nennt die Religionsfreiheit nicht ausdrücklich, verpflichtet in Art. 3 jedoch die Staaten, alle Maßnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass die Frau „die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt mit dem Mann ausüben und genießen kann“.

Für den Bereich der Arbeit ist zusätzlich das **ILO-Übereinkommen 111 über die Diskriminierung (Beschäftigung und Beruf)** von 1958¹⁴ heranzuziehen, welches den Mitgliedstaaten in Art. 1 Abs. 1 lit. b vorschreibt, Regelungen im Bereich der Beschäftigung zur Verhinderung von Diskriminierung u. a. wegen des Glaubensbekenntnisses zu treffen. Gerechtfertigt sind Ungleichbehandlungen nach Art. 1 Abs. 2 nur dann, wenn sie sich unabdingbar aus der Art der Tätigkeit ergeben **und** wenn sie verhältnismäßig sind. Die enge Begrenzung der Ausnahmemöglichkeiten wird vom Untersuchungsausschuss bestätigt: **“... could only be justified under the convention where the job itself carried special responsibilities.”**¹⁵ Das ILO-Übereinkommen 111 wurde mit der Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit von 1998 zu einer der (heute) acht **Kernarbeitsnormen** bestimmt. Die Untersuchungstätigkeit der ILO im Bereich der Diskriminierung ist in besonderem Maße auf die Aufdeckung subtiler, indirekter und struktureller Diskriminierungsformen ausgerichtet. Die Bedeutung für die Diskriminierungsbekämpfung in Deutschland erfährt das Übereinkommen als Auslegungsregel für alle nationalen Diskriminierungsverbote im Bereich von Ausbildung und Beschäftigung. Auch die RL 78/2000/EG bezieht sich im 4. Erwägungsgrund auf das Übereinkommen, daher ist es auch zur Auslegung der Einzelregelungen der RL heranzuziehen.

2.2 Grundlagen in der EMRK

Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) des Europarats vom 4. November 1950 gilt heute in 47 europäischen Staaten für über 800 Millionen Menschen.¹⁶ Sie ist unmittelbar geltendes Recht in Deutschland¹⁷ im Rang eines Bundesgesetzes; Individualklagen können nach Erschöpfung des Rechtswegs in

13 Amor, A., Implementation of the Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, U. N. Doc. A/54/386 para. 106 (1999).

14 Übereinkommen Nr. 111 der ILO über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.6.1958 – BGBl. 1961 II, S. 97 ff. – für Deutschland in Kraft seit dem 15.6.1962.

15 Untersuchungsbericht zum Übereinkommen Nr. 111, General Survey 1997, Rn. 198.

16 Ottenberg, 2008, S. 55.

17 In Kraft getreten am 3.9.1953, BGBl. II 1952, 686; heute gültig in der Fassung v. 15.5.2002, BGBl. II, S. 1055.

Deutschland beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EMRK) anhängig gemacht werden und Deutschland ist verpflichtet, sich dem Urteilsspruch des Gerichtes zu unterwerfen (Art. 46 EMRK).

Die Religionsfreiheit in Art. 9 ist als ein klassisches Freiheitsrecht ausgestaltet.¹⁸ Art. 9 Abs. 1 umfasst sowohl die Glaubensfreiheit, auch als interne Sphäre („forum internum“) bezeichnet, als auch das Recht zur Ausübung der Religionsfreiheit, also die äußere Sphäre („forum externum“). Damit hat sich die Europäische Menschenrechtskonvention für den Weg entschieden, der Religion auch im öffentlichen Bereich ein Betätigungsrecht und einen zu schützenden Freiheitsbereich zuzubilligen.¹⁹ Das Recht auf die Ausübung wird konkretisiert zum einen durch das ausdrückliche Recht der Ausübung in Gemeinschaft, also die kollektive Religionsfreiheit, und zum anderen durch die Aufzählung von Ausübungsformen: „Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten“.

Nach der Rechtsprechung des EGMR²⁰ und weitgehend übereinstimmender Auffassung umfasst das Menschenrecht auf Religionsfreiheit nicht nur das Recht des Individuums, seine Religion in Gemeinschaft auszuüben, sondern auch einen Anspruch der Religionsgemeinschaft selbst auf ein geschütztes, selbstbestimmtes Glaubensleben (korporative Religionsfreiheit).²¹

Die Religionsfreiheit der EMRK steht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt und einer Verhältnismäßigkeitskontrolle, die sich an den spezifischen Bedürfnissen einer demokratischen Gesellschaft ausrichtet.

Eine Einschränkung des „forum internum“ ist danach immer unzulässig.²² Nur die Ausübung der Religion darf nach Art. 9 Abs. 2 EMRK unter zwei Voraussetzungen beschränkt werden:

1. eine gesetzliche Regelung muss den Eingriff vorsehen und
2. der Eingriff muss in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.

Der Gesetzesvorbehalt wird anhand des nationalen Rechts geprüft. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im zweiten Schritt nennt als Schutzgüter die

1. öffentliche Sicherheit,
2. öffentliche Ordnung,
3. die öffentliche Gesundheit,
4. die öffentliche Moral oder
5. die Rechte und Freiheiten anderer.

18 Umfassende Darstellung siehe Evans, 2001.

19 Ghanea in Ghanea, 2004, S. 107, 115; Boyle/Sheen, 1997, S. 10.

20 EGMR v. 26.10.2000 – 30985/96 **Hasan und Chaush/Bulgarien**; v. 13.12.2001 – 45701/99 **Bessarabische Metropolitankirche u. a./Moldawien**; v. 16.12.2004 – 39023/97 **Muslim Community/Bulgarien**.

21 Waldhoff in Calliess/Ruffert, Art. 10 GRC Rn. 7; Meyer-Ladewig, 2006, Art. 9 Rn. 5.

22 Knecht in Schwarze, 2009, Art. 10 GRC Rn. 9.

Gefordert ist hier eine Abwägung zwischen der Religionsfreiheit und dem Gewicht der entgegenstehenden Rechtsgüter.²³ Der EGMR räumt den einzelnen Mitgliedstaaten wegen der unterschiedlichen Konzepte und Traditionen des Verhältnisses von Staat und Religion einen deutlichen Beurteilungsspielraum ein.²⁴

Über Art. 14 EMRK sind Diskriminierungen aus Gründen der Religion untersagt, es gelten dieselben Vorbehalte nach Art. 9 Abs. 2 EMRK. Eine Ungleichbehandlung ist somit zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und gerechtfertigt ist.

Das Diskriminierungsverbot hat keine horizontale Wirkung, es bindet alle öffentlichen Stellen, nicht aber private Arbeitgeber oder Institutionen.

Gleichzeitig entfaltet die EMRK vermittels des EU-Rechts unmittelbare Wirkungen auch für Private, soweit diese dem europäischen Recht unterworfen sind. Nachdem der EuGH schon bislang die EMRK als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts betrachtete, regelt Art. 6 Abs. 2 AEUV nun den Beitritt der Union zur EMRK. Soweit Unionsrecht Rechte und Pflichten von Privatpersonen regelt, wie mit den Antidiskriminierungsrichtlinien geschehen, sind diese im Lichte der Menschenrechtsverbürgung der EMRK auszulegen.

Auch kommt es zu einer Einwirkung auf das deutsche Verfassungsrecht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Europarecht, welches grundsätzlich vorrangige Wirkungen beanspruchen kann, soweit der deutsche Gesetzgeber Kompetenzen auf diese Instanz übertragen hat, allerdings nur solange nicht tragende Grundsätze der deutschen Verfassung verletzt werden.²⁵ Bis zu dieser Grenze sind jedoch die Verfassungsnormen im Lichte des Europarechts und damit auch im Lichte der EMRK auszulegen.

2.3 Grundlagen im Recht der Europäischen Union

2.3.1 Amsterdamer Vertrag

Mit dem Amsterdamer Vertrag wurde in Art. 13 EGV (jetzt Art. 19 AEUV) der Europäischen Union die Kompetenz zugewiesen, Regelungen zur Bekämpfung von Diskriminierungen zu erlassen.

Die Regelung erschöpft sich jedoch nicht in einer Kompetenznorm, sondern gilt zugleich als Ausdruck des allgemeinen Nichtdiskriminierungs-Grundsatzes der Gemeinschaft, der „seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat.“²⁶ So hat der EuGH in der Entscheidung **Mangold**²⁷ die Feststellung einer Altersdiskriminierung durch das deutsche TzBfG nicht auf die RL 2000/78/EG gestützt, für die zum Zeitpunkt der Entscheidung die Umsetzungsfrist

23 Evans in Ghanea, 2004, S. 133, 135 f.; Meyer-Ladewig, 2006, Art. 9 Rn. 8.

24 EGMR v. 19.11.2005 – 44774/98 **Sahin/Türkei**; Meyer-Ladewig, 2006, Art. 9 Rn. 8.

25 BVerfG v. 30.6.2009 2 BvE 2/08; BVerfG v. 18.7.2005 2 BvR 2236/04; BVerfG v. 8.4.1987 2 BvR 687/85; BVerfG v. 23.6.1981 2 BvR 1107/77.

26 EuGH v. 22.11.2005 C-144/04 **Mangold**.

27 A. a. O.

noch nicht abgelaufen war, sondern unmittelbar auf den EG-Vertrag. Sämtliche in den Richtlinien genannten Diskriminierungsgründe sind auch auf der Ebene des Primärrechts vom Grundsatz der Gleichbehandlung erfasst.²⁸

Den Kampf gegen Diskriminierung stellt die EU ausdrücklich auch in einen Zusammenhang mit der Stärkung der Wirtschaftskraft. Die Bekämpfung der Diskriminierung im Bereich von Beschäftigung und Beruf soll soziale Ausgrenzungen vermeiden, das wirtschaftliche Potential und die Ressourcen der Bürger optimal für den Arbeitsmarkt nutzen sowie die Ausgaben für soziale Sicherung und Unterstützung reduzieren.²⁹ Gleichzeitig übernimmt die EU zunehmend die Rolle der Sachwalterin der Verbürgung der Menschenrechte. Die Religionsfreiheit gehört zu den traditionellen Menschenrechten, die sich in allen wichtigen Konventionen wiederfindet. Dagegen hat das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion keine entsprechende Tradition. Vor allem der gleichberechtigte Umgang mit nichtchristlichen Religionen, insbesondere dem Islam, stellt den Anspruch auf konsequente Nichtdiskriminierung der EU vor ungewohnte rechtliche Herausforderungen.

2.3.2 Antidiskriminierungsrichtlinien

Von der Ermächtigung des Amsterdamer Vertrags wurde zunächst durch Erlass der RL 2000/43/EG zur Bekämpfung von rassistischen Diskriminierungen in verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen und anschließend durch die RL 2000/78/EG zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus verschiedenen Gründen im Bereich von Ausbildung und Beruf Gebrauch gemacht. Dadurch überschneiden sich die Richtlinien, soweit Diskriminierungen im Bereich Arbeit aus rassistischen Gründen oder wegen der Ethnie zu behandeln sind. Wie die Untersuchung noch zeigen wird, sind Diskriminierungen gegenüber Muslimen und Musliminnen nicht immer trennscharf der Diskriminierung wegen der Religion zuzuordnen, auch die ethnische Herkunft kann implizit oder explizit betroffen sein. Da beide Richtlinien nebeneinander anzuwenden sind, werden im Bereich der Arbeit auch alle mehrdimensionalen Diskriminierungen von der RL 2000/78/EG erfasst.

Zu den Antidiskriminierungsrichtlinien gehört weiter die RL 2006/54/EG **zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen**, mit der die bisherigen Richtlinien auf diesem Gebiet zusammengeführt und neu gefasst werden.

Diskriminierungen von Musliminnen verbinden sich nicht allein mit der Religionszugehörigkeit, sondern auch mit Geschlechterfragen. Offensichtlich werden Frauen eher der islamischen Religion zugeordnet, weil nur für sie bestimmte Bekleidungsgebote gelten können, offensichtlich werden ihnen aber auch Muster zugeschrieben, die sich nicht allein aus der Religionszugehörigkeit ergeben, sondern aufs Engste mit der Rolle der Frau innerhalb der religiösen Community verbunden sind (siehe dazu unter 3.2).

Die Intention der Richtlinien zielt nicht nur auf eine Abwehr von Eingriffen, sondern enthält vor allem eine soziale Dimension, die auf die Gleichheit und soziale Teilhabe aller

²⁸ A. a. O.; so auch BAG v. 26.4.2006 – 7 AZR 500/04.

²⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über bestimmte Maßnahmen der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen KOM (99) 564 endg. v. 14.7.1998, S. 11.

Bürger in einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zielt.³⁰ Sie folgt dabei weitgehend den Rechtskonstruktionen, die im US-amerikanischen Recht bereits seit mehreren Jahrzehnten entwickelt wurden.³¹ Im „Civil Rights Act 1964“ wird im Titel VII nicht nur die ungleiche Behandlung („disparate treatment“), sondern auch ein Verhalten untersagt, welches zu ungleichen Auswirkungen („disparate impact“) führt.³²

Der Begriff der mittelbaren Diskriminierung wurde erstmals in der US-Rechtsprechung entwickelt³³, fand Eingang in die britische Antidiskriminierungsgesetzgebung und wurde auf EU-Ebene erstmals in der Beweislastrichtlinie (97/80/EG) in der Orientierung auf das Ergebnis formuliert, wie er sich heute in allen Antidiskriminierungsrichtlinien findet.³⁴

Im US-amerikanischen Rechtsverständnis verfolgt das Verbot der mittelbaren Diskriminierung drei verschiedene Zielsetzungen; es soll

1. einer ungleichen sozialen und wirtschaftlichen Teilhabe der verschiedenen Gruppen einer Gesellschaft entgegenwirken,
2. die Verfestigung einer historisch bedingten Ungleichheit verhindern und eine ausgleichende Gerechtigkeit schaffen und
3. die Aufdeckung verborgener diskriminierender Verhaltensweisen durch den Rückschluss vom Ergebnis her erleichtern.³⁵

Noch bevor sich der Begriff der mittelbaren Diskriminierung in der Rechtssetzung der Union findet, übernahm ihn der EuGH erstmals mit ausführlicher Begründung in der „Bilka“-Entscheidung³⁶ zur Diskriminierung wegen des Geschlechts durch die arbeitsrechtliche Benachteiligung von Teilzeitangestellten, die statistisch nachweisbar überwiegend weiblich sind.

Beispielhaft wird die mittelbare Diskriminierung in der angloamerikanischen Rechtsprechung entwickelt.

In der Entscheidung „Griggs“³⁷ des Supreme Courts (US) wurde ein Unternehmen wegen mittelbarer Diskriminierung verurteilt, weil es für die Einstellung bestimmte Anforderungen an Diplome stellte, die in keinem Zusammenhang mit der Tätigkeit standen. Dadurch wurden schwarze Bewerberinnen und Bewerber signifikant benachteiligt. Für die Ermittlung der Diskriminierung mussten zunächst Vergleichsgruppen gebildet werden und die Wirkungen analysiert werden. Auf der Ebene der Rechtfertigung der Maßnahme war das ausschlaggebende Kriterium die wirtschaftliche Erforderlichkeit der Maßnahme, weil ein Wirtschaftsunternehmen legitimerweise gerade an dieser Zielsetzung ausgerichtet ist. Fehlen unternehmerische Gründe, kann die Maßnahme oder Anordnung, die eine Gruppe unverhältnismäßig trifft, nicht gerechtfertigt werden.

30 Nickel, NJW 2001, 2668, 2669; Mohr, 2004, S. 189 f.

31 Thüsing, ZfA 2001, 397 ff.

32 Sec. 703, Title VII Civil Rights Act.

33 Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

34 Fredman, 2001, S. 24.

35 Blomeyer, 1994, S. 101; Mohr, 2004, S. 282.

36 EuGH v. 13.5.1986 – Rs. 170/84.

37 Supreme Court 401 U.S. 424 (1971).

Statistische Nachweise sind jedoch dann entbehrlich, wenn die betreffenden Vorschriften zwar neutral gehalten sind, dennoch aber einen Bezug zu den inkriminierten Unterscheidungskriterien aufweisen und dadurch evident eine ungleich nachteilige Auswirkung haben.³⁸ So würde etwa die Verpflichtung der Service-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeiter, mit den Gästen Alkohol zu trinken, für Musliminnen und Muslime anders als für andere Beschäftigte zu einem belastenden Eingriff hinsichtlich ihrer religiösen Verpflichtungen führen. Ein statistischer Nachweis wäre entbehrlich.

Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung können gelegentlich sehr nahe beieinander liegen. Wird die Einstellung einer Kopftuchtragenden Muslimin abgelehnt, weil das Tuch als religiöses Symbol unerwünscht ist, so handelt es sich um eine unmittelbare Diskriminierung, wird die Ablehnung jedoch mit Hygienevorschriften begründet, so sind ungleiche Auswirkungen dieser allgemeinen Anordnung als mittelbare Diskriminierung einzuordnen.

Die Richtlinien weisen durch Einbeziehung der mittelbaren Diskriminierung den Weg von der formalen zur substantziellen Gleichheit, bleiben aber bei der negativen Stigmatisierung der Benachteiligung stehen und verpflichten nicht zu institutionellen Vorkehrungen und positiven Maßnahmen zur Herstellung realer Gleichheit, wie sie in der Diskussion über die „vierte Generation“ der Gleichheitsrechte gefordert wird.³⁹ Ansprüche auf eine besondere Förderung z. B. für muslimische Frauen zur Überwindung ihrer geringen Erwerbsbeteiligung können daher nicht aus den RL abgeleitet werden.

Auch der Diskriminierungsgrund der Belästigung wurde dem US-amerikanischen Recht nachgebildet und stellt auf eine Würdeverletzung und kumulativ auf ein feindliches Arbeitsumfeld („hostile work environment“) ab. Die Schwelle für die Erfassung ausgrenzender oder entwürdigender Verhaltensweisen wird durch die doppelte Anforderung sehr hoch gelegt, da für das „feindliche Umfeld“ überwiegend ein über eine gewisse Zeit anhaltender Zustand verlangt wird, der keine einmaligen Handlungen erfasst, die nur von einer Person ausgehen. Auch lassen die RL den Mitgliedstaaten jeweils in Art. 2 Abs. 3 Satz 2 die Option, den Begriff der Belästigung entsprechend den eigenen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zu definieren. Daraus wird geschlossen, dass der Tatbestand zulässigerweise auf vorsätzliche Handlungen beschränkt werden kann.⁴⁰ Der Argumentation wird allerdings zu Recht entgegengehalten, dass die RL ausdrücklich nicht nur auf die Intention der Täter („bezwecken“), sondern auch auf die Wirkung aus der Perspektive der Betroffenen („bewirken“) abstellen.⁴¹ Die Richtlinien lassen zudem offen, ob die Arbeitgeber eine verschuldens-unabhängige Haftung für belästigendes Verhalten in ihrem Betrieb oder ihrer Institution trifft.⁴²

Besonderes Gewicht legen die Richtlinien auf die Einbeziehung des zivilgesellschaftlichen Engagements. In Art. 13 Richtlinie 2000/78/EG und Art. 11 Richtlinie 2000/43/EG werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, geeignete Maßnahmen zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu fördern sowie in Art. 14 bzw. Art. 12 den Dialog mit relevanten Nichtregierungsorganisationen.

38 So EuGH v. 23.5.1996 – Rs. C-237/94 **O’Flynn**.

39 Schiek in Schiek/Chege, 2009, S. 5.

40 Hädeler, NZA 2003, 77, 78 f.; Mohr in Hanau/Thau/Westermann, 2008, S. 477, 494 f.

41 Wank, NZA Sonderbeilage zu Heft 22/2004, 16, 19.

42 Nickel, NJW 2001, 2668, 2670.

Die Richtlinien entfalten keine Drittwirkungen gegenüber Privatpersonen⁴³ und können daher gegenüber privaten Arbeitgebern nicht unmittelbar angewendet werden, wenn es an einer Umsetzung im nationalen Recht fehlt. Die nationalen Gerichte haben aber jedes nationale Recht so weit als möglich durch Auslegung mit den Richtlinien in Übereinstimmung zu bringen und dürfen eine offensichtlich richtlinienwidrige nationale Regelung nicht anwenden. In der Konsequenz ergibt sich eine negative horizontale Drittwirkung, nicht aber eine positive Anspruchsbegründung.⁴⁴

2.3.3 Lissabonner Vertrag und Europäische Grundrechtscharta

Mit Art. 6 des Lissabonner Vertrags wurde die Europäische Menschenrechtscharta zum unmittelbar anwendbaren Recht für die Bereiche, die der EU-Rechtssetzungskompetenz unterliegen und für die Staaten, die sich ihr unterworfen haben.

Art. 10 Abs. 1 gewährleistet das Recht, „einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht, Bräuche und Riten zu bekennen“, somit das Religionsausübungsrecht (*forum externum*). Art. 21 untersagt Diskriminierungen u. a. wegen der Religion.

Das Diskriminierungsverbot wegen der Religion hat durch den Lissabonner Vertrag eine Verstärkung auf der Ebene des Primärrechts der EU erhalten und wurde in den Rang eines EU-Verfassungsrechts gehoben. Es enthält keinen eigenen Vorbehalt, die Folge ist nicht eine schrankenlose Geltung, sondern die Unterwerfung unter den allgemeinen Gesetzesvorbehalt und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (Art. 52 Abs. 1 GRC). Gleichzeitig bindet sich die EU durch Art. 52 Abs. 3 GRC an das Schutzniveau der EMRK und damit als Mindeststandard auch an die Rechtsprechung des EGMR. Bedeutsam kann hier werden, dass Art. 9 Abs. 2 EMRK gesetzliche Einschränkungen der Religionsfreiheit nur so weit zulässt, als sie „in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind“. Diese Ausrichtung ist zur Ausfüllung des allgemeinen Vorbehalts nach Art. 52 Abs. 1 GRC und der dort genannten „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ heranzuziehen.⁴⁵

Die innerstaatliche Wirkung der Grundrechtscharta ist jedoch auf die Gebiete beschränkt, auf denen die EU von ihrer Rechtssetzungskompetenz Gebrauch gemacht hat, sie wirken also nur vermittelt über Richtlinien und Verordnungen.⁴⁶ Das Diskriminierungsverbot des Art. 21 GRC wirkt mittels der Diskriminierungsrichtlinien verstärkend und als Auslegungsquelle, jedoch nur hinsichtlich der derzeit erfassten Diskriminierungsgründe, also insbesondere nicht wegen der sozialen Herkunft.

Zukünftig wird der Diskriminierungsschutz – auch wegen der Religion – an Bedeutung zunehmen, weil über Art. 8 AEUV das „gender mainstreaming“-Konzept zu einer generellen Verpflichtung zum „mainstream“ der Nichtdiskriminierung aus den in der Charta festgelegten Gründen ausgeweitet wurde.⁴⁷ Derzeit liegen noch keine Entscheidungen des

43 EuGH v. 5.10.2004 C-397/01, NZA 2004, 1145.

44 EuGH vom 19.1.2010 C-555/07; Hanau, NZA 2010, 1, 5.

45 Hobe in Muckel, 2003, S. 317, 321; Knecht in Schwarze, 2009, Art. 10 Rn. 1.

46 Hanau, NZA 2010, 1, 3.

47 Schiek in Schiek/Chege, 2009, S. 3, 10.

EuGH zur Diskriminierung wegen der Religion vor, die Entscheidungen des EGMR legen zwar einen Mindeststandard für diesen Bereich fest (siehe 2.2). Der EuGH könnte jedoch gerade für den Bereich des Arbeits- und Berufslebens den individuellen Diskriminierungsschutz gegenüber dieser Rechtsprechung intensivieren, weil er sich nicht allein an einem gesamteuropäischen Mindeststandard orientiert, sondern anstrebt, dem Diskriminierungsschutz im Rechtsraum der EU eine möglichst umfassende Wirkung zu verleihen. Zudem wird er auch den Gesichtspunkt der Berufsfreiheit einzubeziehen haben, der vom EGMR nicht als Menschenrecht der EMRK zu berücksichtigen ist.⁴⁸

Abzuwarten bleibt auch, ob der EuGH auch die erweiterten Diskriminierungsgründe (soziale Herkunft u. a.) als Teil des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes des Diskriminierungsschutzes betrachtet und damit zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit nicht nur für die Mitgliedstaaten selbst, sondern auch für Private (horizontale Wirkung) gelangt.

2.4 Nationales Recht

2.4.1 Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot nach Art. 3 GG

Für öffentliche Anstellungsträger oder Institutionen, insbesondere die Bundesagentur für Arbeit und die Grundsicherungsträger nach SGB II, wirken der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG – u. a. wegen des Glaubens oder der religiösen Anschauung – unmittelbar sowohl für die Beschäftigungsverhältnisse als auch im Umgang mit den Bürgerninnen und Bürgern. Für die vorliegende Untersuchung ist vor allem der Bereich der Arbeitsförderung zu beachten. Das Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes zu den speziellen Diskriminierungsverboten ist in der Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig geklärt, teilweise werden die merkmalsbezogenen Diskriminierungsgründe als Konkretisierung des Gleichheitssatzes gesehen.⁴⁹ Die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG erfassen nach der bisherigen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nicht die Fälle mittelbarer Diskriminierung, da auf die inkriminierten Gründe nicht direkt abgestellt wird.⁵⁰ Art. 3 Abs. 3 GG entspricht damit nicht dem Schutzzumfang des europäischen Diskriminierungsrechts. Wohl aber enthält der allgemeine Gleichheitssatz ein Willkürverbot, welches zunächst nur die Differenzierung ohne sachliche Gründe untersagt. Die Benachteiligungsverbote des Abs. 3 wirken aber als Grenze der möglichen Sachgründe, sodass Gruppenbildungen entlang der inkriminierten Merkmale nicht als sachliche Gründe für eine Differenzierung akzeptiert werden dürfen.⁵¹ Auch mit dieser Auslegung wird jedoch der Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen auf der Ebene des deutschen Verfassungsrechts nicht gleichwertig umgesetzt, weil der Blick auf die Anknüpfung gerichtet bleibt und nicht von den Wirkungen ausgeht.

48 Walter/Ungern-Sternberg, DÖV 2008, 488, 492; Berghahn in Berghahn/Rostock, 2009, S. 33, 66.

49 BAG v. 25.4.2007 – 6 AZR 746/06; BAG v. 22.9.2009 – 1 AZR 316/08; Thüsing, ZfA 2002, 249, 255.

50 BVerfG v. 7.11.1972 1 BvL 4/71, BVerfGE 34, 135, 156; BVerfG v. 22.5.1975 2 BvL 13/73, BVerfGE 39, 334, 368; Rüfner in Dolzer/Vogel, 2009, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 566; Sachs in Isensee/Kirchhof, 1992, § 126 Rn. 89; Sacksofsky in Umbach/Clemens, 2002, Art. 3 Rn. 314 f.

51 BVerfG v. 26.1.1993 – 1 BvL 38/92; BVerfG v. 10.1.1995 – 1 BvF 1/90; Kocher, RdA 2002, 167 ff.; Wiedemann, RdA 2005, 193.

Auch für private Arbeitgeber entfalten die grundrechtlichen Diskriminierungsverbote Wirkung über §§ 242, 315 und 612a BGB (Treu und Glauben, Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen, Maßregelverbot) als allgemeine Grundsätze der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen.⁵² Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sich zusätzlich auf den Schutz ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 GG – soweit sie nicht über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügen, auf die Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG – berufen.⁵³

In Widerstreit geraten kann diese Position mit dem Anspruch des Arbeitgebers auf Schutz seiner Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und seines Privateigentums nach Art. 14 GG; umfasst wird damit auch das Recht auf eine freie Unternehmerentscheidung.⁵⁴

Obwohl die Religionsfreiheit nach Art. 4 GG in Hinblick auf ihr besonderes Gewicht nicht mit einem Schrankenvorbehalt versehen wurde, gelten auch hier die verfassungsimmanenten Schranken durch kollidierende Grundrechte Dritter. Konflikte müssen nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz zu einem möglichst schonenden Ausgleich gebracht werden.⁵⁵ Weder die Verfassung noch das Arbeitsrecht geben hierzu Kriterien vor, sodass stets eine Einzelfallentscheidung zu treffen ist.

„... aus den kollidierenden Grundrechtspositionen der Arbeitnehmerin einerseits und der Arbeitgeberin andererseits [ergeben sich] abstrakt keine Maßstäbe dafür, welches Maß der Einschränkung seiner Kündigungsfreiheit der Arbeitgeber letztlich hinnehmen muss, um den Freiheitsraum des Arbeitnehmers im Rahmen des von beiden Parteien freiwillig eingegangenen Vertragsverhältnisses zu wahren. Vielmehr bedarf es einer Abwägung der wechselseitig geschützten Grundrechtspositionen der Vertragspartner im Einzelfall, deren Ergebnis durch die Verfassung selbst nicht abschließend vorgegeben ist.“⁵⁶

2.4.2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bildet das Kernstück der Umsetzung der vier Antidiskriminierungsrichtlinien in nationales Recht. Für den Bereich der Arbeit ist vor allem der zweite Abschnitt „Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung“ relevant. Als Beschäftigte gelten Arbeitnehmer, zur Berufsausbildung Beschäftigte und „Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind“ (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AGG). Ausgenommen werden zunächst Beamte, Richter und Zivildienstleistende, auf die aber nach § 24 die Regelungen des zweiten Abschnitts „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung“ entsprechend anzuwenden sind. Einschränkungen können sich insbesondere aus Art. 33 GG und damit auch aus den „hergebrachten Grundsätze[n] des Berufsbeamtentums“ (Art. 33 Abs. 5 GG) ergeben (siehe auch unter 4.2). Als Beschäftigte gelten auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG) sowie überlassene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Verhältnis zum Einsatzbetrieb.

52 BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51; BVerfG v. 11.5.1976 – 1 BvR 671/70; BVerfG v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1044/89; BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92; BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93; BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 15/00; BAG v. 22.5.2003 – 2 AZR 426/02; BVerfG v. 30.7.2003 – 1 BvR 792/03; BAG v. 25.4.2001 – 5 AZR 360/99; BAG v. 23.4.2009 – 6 AZR 189/08.

53 BVerfG v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99.

54 BVerfG v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91.

55 Jeand’Heur/Korioth, 2000, Rn 125–127.

56 BVerfG v. 30.7.2003 – 1 BvR 792/03.

Hinsichtlich der Diskriminierungsformen übernimmt das AGG weitgehend den Wortlaut der Richtlinien. Für den Untersuchungsgegenstand relevant sind zwei Abweichungen. Zum einen konkretisiert das AGG die sexuelle Belästigung als gesonderten Tatbestand⁵⁷, der in den Anforderungen geringer ausgestaltet ist als der allgemeine Belästigungstatbestand und konkrete Verhaltensbeispiele enthält, u. a. auch solche, die nicht unmittelbar auf die belästigten Personen gerichtet sein müssen. Anwendungsfälle sind für muslimische Frauen neben unerwünschten körperlichen Berührungen auch Bemerkungen, die eine Verbindung zwischen ihrer Glaubensausrichtung und ihrem Sexualverhalten herstellen sowie das Zeigen von pornographischen Darstellungen am Arbeitsplatz.

Zum anderen verzichtet das AGG auf die Rechtfertigungsklausel in Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78/EG:

„Diese Richtlinie berührt nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.“

Die Klausel ist eng angelehnt an die Beschränkung der Religionsfreiheit und des Diskriminierungsverbots der EMRK. Im Bereich der Beschäftigung ermöglicht sie Einschränkungen der Religionsausübung sowohl in öffentlichen Institutionen als auch in privaten Betrieben, wenn durch sie öffentliche oder private Rechtsgüter bedroht sind. In der Konsequenz können unmittelbare Diskriminierungen im Bereich der Arbeit in Deutschland nicht auf Sicherheitsgesichtspunkte oder sonstige Rechtspositionen Dritter gestützt werden, wenn die Gründe nicht im Zusammenhang mit der Ausführung der geschuldeten Arbeitsleistung stehen. Die generelle Nichteinstellung von afghanischen Musliminnen und Muslimen bei Behörden des Verfassungsschutzes wegen Sicherheitsbedenken wäre unzulässig, ebenso bei einer privaten Sicherheitsfirma, die mit den Flughafenkontrollen befasst ist.

Die Aufnahme der genannten Klausel ins AGG hätte allerdings zu Problemen geführt, weil die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG keine vergleichbaren Einschränkungen enthalten.

Nach wie vor stößt der Umgang mit der mittelbaren Diskriminierung auf erhebliche Anwendungsprobleme im deutschen Rechtsraum. Mit Ausnahme der Diskriminierung wegen des Geschlechts – hier ergibt sich das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aus Art. 3 Abs. 2 GG und der umfangreichen Rechtsprechung des EuGH – betritt das AGG in diesem Bereich Neuland. Ein Teil der arbeitsrechtlichen Literatur reagiert abwehrend. So hält **Richardi** den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung nur für geschlechtsbezogen anwendbar, da er auf die anderen Merkmale nicht passe⁵⁸; **Mohr** will ihn nur bei einer verdeckten unmittelbaren Diskriminierung gelten lassen⁵⁹. Derartige Einschränkungen lassen sich jedoch weder aus dem AGG noch aus den europäischen Richtlinien entnehmen, die zur Bestimmung des Schutzzumfangs des AGG stets heranzuziehen sind. Die Rechtsprechung ist diesen Auffassungen nicht gefolgt und hat erste Kriterien für die Feststellung

57 Entsprechend der Richtlinie 2004/113/EG.

58 Richardi, NZA 2006, 881, 884.

59 Mohr in Hanau/Thau/Westermann, 2008, S. 477, 494.

einer mittelbaren Diskriminierung entwickelt⁶⁰, allerdings noch nicht für den Bereich der mittelbaren Diskriminierung wegen der Religion.

2.4.3 Betriebsverfassungsgesetz

Das Diskriminierungsverbot des § 75 Abs. 1 BetrVG ist älter als das AGG und die europäischen Richtlinien. Es verpflichtet Arbeitgeberinnen, Arbeitgeber und Betriebsräte darüber zu wachen, dass Benachteiligungen u. a. auch wegen der Religion unterbleiben. Begründet wird durch § 75 Abs. 1 BetrVG ein Verhaltensgebot, nicht jedoch ein subjektives Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern auf Gleichbehandlung ohne Unterscheidung nach den genannten Merkmalen, u. a. wegen der Religion und der Nationalität. Damit entfaltet es aber auch keine Wirkung als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB⁶¹, die Wirksamkeit von Verträgen und Kündigungen wird nicht berührt. Heranzuziehen ist das betriebsverfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aber als Ausgestaltungsregel für die vertragliche Nebenpflicht zum Schutz der Rechtsgüter der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Für den Betriebsrat ergibt sich sowohl aus § 75 BetrVG als auch aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Einhaltung der Schutzgesetze für Arbeitnehmer) die Verpflichtung darüber zu wachen, dass weder in Betriebsvereinbarungen noch durch Anweisungen der Betriebsleitung unzulässige Diskriminierungen gegenüber Muslimen erfolgen.⁶² Gestaltungen von Arbeitsabläufen, Räumlichkeiten und Arbeitszeiten können auf Benachteiligungen hin untersucht werden (siehe im Einzelnen unter 4.4).

2.4.4 Sozialrecht

Für den Bereich der Arbeit können vor allem Regelungen und Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem SGB III und dem SGB II diskriminierungsrelevant sein.

In § 2 AGG werden die Gebiete festgelegt, auf die sich der Diskriminierungsschutz des AGG bezieht. Im Vordergrund stehen hierbei Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis und im Zivilrecht, aber auch öffentlich-rechtliche Bereiche sind betroffen, u. a. der Sozialschutz und die sozialen Vergünstigungen.

Das AGG erfasst grundsätzlich die staatliche Beschäftigungsförderung und alle sonstigen Rechtsbeziehungen zu öffentlichen Sozialleistungsträgern. § 2 Abs. 2 AGG verweist allerdings für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch auf die Sonderregelungen im Sozialgesetzbuch, die zeitgleich⁶³ eingeführt wurden. Die wichtigste Neuregelung findet sich in § 33 c SGB I:

60 Z. B.: BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 764/08; LAG Berlin-Brandenburg v. 26.11.2008 – 15 Sa 517/08; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 21.7.2009 – 5 Sa 9/09; ArbG Hamburg v. 26.1.2010 – 25 Ca 282/09.

61 Thüsing, 2007, Rn. 158; Kania in Erfurter Kommentar, § 75 BetrVG, Rn. 1; Richardi in Richardi, § 75 BetrVG, Rn. 53; a. A. Schiek, NZA 2004, 873, 878.

62 Siehe auch: Degener u. a., 2008, S. 104.

63 Gesetz zur Umsetzung europarechtlicher Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BR-Drs. 329/06.

„Bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte darf niemand aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden. Ansprüche können nur insoweit geltend gemacht oder hergeleitet werden, als deren Voraussetzungen und Inhalt durch die Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs im Einzelnen bestimmt sind.“

Der Wirkungsbereich dieser Regelung erstreckt sich auf alle Sozialgesetze, auch diejenigen, die nicht im Sozialgesetzbuch enthalten sind, weil diese als besonderer Teil des SGB gelten und sich alle Regelungen des SGB I damit auch auf sie erstrecken (§ 68 SGB I). So gilt das Benachteiligungsverbot des § 33c SGB I etwa auch im Bereich der Ausbildungsförderung.

§ 33c SGB I gilt jedoch nicht für alle Diskriminierungsgründe, die in § 1 AGG genannt werden, u. a. nicht für Benachteiligungen wegen der Religion. Die Beschränkung folgt der Systematik der EU-Richtlinien, die den Sozialschutz nur in der Antirassismusrichtlinie nennt. Für Musliminnen und Muslime erlangt das Diskriminierungsverbot im Sozialrecht vor allem Relevanz bei mittelbaren Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft.

Als spezialgesetzliche Regelung für Leistungen der Arbeitsmarktintegration wurde mit § 19a SGB IV ein Benachteiligungsverbot wegen allen in § 1 AGG genannten Gründen eingeführt und in § 36 Abs. 2 Satz 2 SGB III Benachteiligungen bei der Arbeits- und Ausbildungsvermittlung untersagt. Für die im Bereich Arbeit besonders relevanten Bereiche des Sozialschutzes wird das Merkmal Religion also wieder einbezogen.

Trotz dieser Regelungen im Bereich des Sozialrechts wurde die Antirassismusrichtlinie durch den deutschen Gesetzgeber nicht vollständig umgesetzt.

Benachteiligungen in Bereichen des Sozialschutzes und der sozialen Vergünstigungen werden bei der Anwendung der bestehenden Gesetze untersagt, nicht jedoch Benachteiligungen, die gerade auf gesetzlichen Regelungen beruhen.⁶⁴ Da gerade das Sozialrecht eine Vielzahl von Sonderregelungen für ausländische Staatsangehörige enthält (z. B. § 61 SGB III zur Berufsausbildungsbeihilfe, § 23 SGB XII zum Ausschluss von Leistungen der Sozialhilfe, § 1 Abs. 7 BEGG zum Anspruch auf Elterngeld), könnten Musliminnen und Muslime wegen ihrer überwiegend nichtdeutschen ethnischen Herkunft gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt werden. Dies bedeutet zumindest, dass auch Rechtsnormen und nicht nur die Anwendung dieser Normen an den Diskriminierungsverboten des Europarechts zu messen sind. Dafür bietet aber weder das AGG noch § 33c SGB I eine Möglichkeit.⁶⁵

2.5 Zusammenfassung

Die Gewährleistung der Religionsfreiheit gehört zum Grundbestand aller internationalen Menschenrechtskonventionen. Dennoch hat sich die Völkergemeinschaft bislang trotz intensiven Bemühens nicht auf eine verbindliche Konvention zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion verständigen können. Das Verhältnis zwischen Staat und

⁶⁴ Husmann, ZESAR 2007, 58, 61.

⁶⁵ Zu den Möglichkeiten der Überprüfung diskriminierender Regelungen im Sozialrecht siehe Frings in Degener u. a., 2008, S. 324 ff.

Religion wirft eine Vielzahl sensibler Fragen auf und trifft auf ausgesprochen kontroverse Positionen.

Die EMRK garantiert für den Diskriminierungsschutz aus Gründen der Religion einen Mindeststandard, belässt den Mitgliedstaaten jedoch einen Beurteilungsspielraum bei der Gewichtung entgegenstehender Rechtspositionen und öffentlicher Interessen.

Das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion ist nunmehr auf der Ebene des EU-Primärrechts verankert, die Ausgestaltung im Sekundärrecht bleibt noch beschränkt auf den Bereich von Ausbildung und Beruf.

Auf nationaler Ebene schützt das AGG vor Diskriminierungen wegen der Religion im Bereich von Arbeit und Beruf; Ausgestaltung, Grenzen und effektive Schutzkonzepte lassen jedoch noch viele Fragen offen (siehe die weitere Untersuchung). Weitere Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung wegen der Religion finden sich im BetrVG und im SGB.

3.

Diskriminierungsgründe

3.1 Diskriminierung wegen der Religion

3.1.1 Der Begriff der Religion

Der Begriff der Religion ist nur sehr schwer zu fassen. Eine sehr knappe Definition erfolgte durch den Soziologen Durkheim, der Religion verstand als ein zusammenhängendes System von Überzeugungen und Handlungen bezogen auf heilige Dinge.⁶⁶

Rechtswissenschaftlich ist die Religion kaum als subsumtionsfähige Definition zu fassen.⁶⁷ Der Begriff sollte bewusst offenbleiben, da Glaubensfragen keiner abgeschlossenen Definition zugänglich sind.⁶⁸

So finden sich dann weder auf der Ebene des europäischen Rechts noch in den Rechtssetzungen der meisten Mitgliedstaaten Legaldefinitionen des Begriffs der Religion.⁶⁹

Am sinnvollsten lässt sich der Begriff der Religion für die Bestimmungen im Antidiskriminierungsrecht erfassen, wenn die Frage des religiösen Gehalts einer Überzeugung oder Handlungsweise auf der Grundlage des Selbstbestimmungsrechts der Individuen betrachtet wird.⁷⁰

„Dass der Islam den Begriff der Religion erfüllt, bedarf keiner weiteren Begründung“.⁷¹

3.1.2 Die Religionsausübung

Die Religionsfreiheit ist in Art. 4 GG, in Art. 9 EMRK und in Art. 10 GRC festgelegt. Allen drei Grundrechtsverbürgungen gemeinsam ist ein Schutzbereich, der nicht nur die religiöse Überzeugung selbst (forum internum) erfasst, sondern auch alle Verhaltensweisen, die religiös motiviert sind und sich als Akt des Bekenntnisses darstellen (forum externum).

Abzustellen ist nicht auf die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft als Institution, die für Muslime nicht in einer den christlichen Kirchen vergleichbaren Form existiert; geschützt sind vielmehr alle Formen eines Bekenntnisses.⁷²

66 "A unified system of beliefs and practices relative to sacred things" Durkheim, E.: The Elementary Forms of Religious Life, New York, 1947.

67 Thüsing, ZfA 2001, 397, 405.

68 Robbers in Fiedler/Robbers/Brenner, 2000, S. 225, 235.

69 Cumper in Ghanea, 2003, S. 157, 166.

70 Weller in Ghanea, 2003, S. 57, 66.

71 Rohe in FS für Blomeyer, 2004, S. 216, 219, FN 6.

72 Triebel, 2005, S. 112.

Überzeugungen und Verhaltensweisen fallen nicht nur unter den Schutz, wenn sie eine generelle religiöse Pflicht für alle Angehörigen des Bekenntnisses bilden; auch traditionelle, regionale und nicht zuletzt individuelle Ausformungen gehören zum Schutzbereich der Religionsfreiheit.

Art. 9 EMRK konkretisiert die Religionsausübungsfreiheit als „die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen“. Die GRC hat diese Formulierung in Art. 10 wortgleich übernommen.

Die Bräuche anlässlich religiöser Feiertage, Wallfahrten und individuelle Gebete gehören selbstverständlich zur Religionsausübung, aber auch Kleidungs Vorschriften oder eine bestimmte Haartracht. Bei der jüdischen Kippa oder dem Nonnenhabit wird dies niemand anzweifeln; nicht ganz so selbstverständlich fällt die Bewertung für das islamische Kopftuch aus, welches über lange Zeit auch in Europa als profanes Kleidungsstück getragen wurde und in ländlichen Regionen noch getragen wird. Auch in der Verwaltungsrechtssprechung zu der Frage, ob iranischen Frauen zur Erlangung eines iranischen Passes die Anfertigung eines Passbildes mit Kopftuch zugemutet werden kann, gilt selbiges nur als Kleidungsstück ohne Symbolgehalt.⁷³

Wenn aber über ein Kopftuchverbot gestritten wird, geht es nicht um seine Materialität oder den Nutzwert, sondern um den ihm innewohnenden Symbolgehalt. Symbole bringen es mit sich, dass ihre Bedeutung nicht einheitlich wahrgenommen wird und die subjektiven Motivationen der Verwender nicht immer mit den Zuschreibungen der Adressaten übereinstimmen. Die Besonderheit des islamischen Kopftuchs, des „**Djilbab**“, besteht allerdings darin, dass neben dem Kopfhaar auch Hals und Schultern bedeckt werden. Verschiedene Verfahren haben deutlich gemacht, dass nicht die Form des Tuches im Mittelpunkt der Kontroverse steht, sondern das Bedecken von Haaren, Hals und Schultern.⁷⁴

Von den verschiedenen islamischen Organisationen in Deutschland wird das Kopftuch nicht als Symbol des Islams, wohl aber als individuelle Pflicht vor Gott verstanden. Je nach Ausrichtung wird das Tragen als verpflichtend oder als freie Entscheidung der Frau gesehen.⁷⁵ Auch wenn das Kopftuch – anders als das christliche Kreuz – kein zentrales Symbol des islamischen Glaubens ist, ist für die Frage des religiösen Charakters eines Zeichens oder Kleidungsstückes entscheidend auf das Selbstverständnis der betroffenen Grundrechtsträger abzustellen.⁷⁶ Von den Betroffenen selbst wird stets auf eine innere Bindung an ein religiöses Gebot verwiesen und damit auch auf die Unvereinbarkeit ihrer Gewissensbindung mit einer vom Arbeitgeber oder Dienstherrn vorgegebenen Bekleidungs Vorschrift.

73 Bay. VGH v. 23.3.2000 – 24 CS 00.12; VG Wiesbaden v. 10.7.1984 – VI/1 E 596/82; VG Berlin v. 18.1.1989 – 1 A 146.87; Breuer, NVwZ 2002, 951 ff.; Triebel, BayVbl. 2002, 624, 625.

74 LAG NRW v. 10.4.2008 – 5 Sa 1836/07; BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08.

75 Zusammenstellung der Positionen siehe Kinzinger-Büchel, 2009, S. 26–33.

76 BVerfG v. 16.10.1968, BVerfG v. 16.10.1968 – 1 BvR 241/66; Preis/Greiner in Muckel, 2003, S. 653, 656; Böckenförde, NJW 2001, 723, 724.

Entsprechend einheitlich wird in der Rechtsprechung zum Kopftuch von Lehrerinnen davon ausgegangen, dass dem Tuch ein religiöser Symbolgehalt zukommt.⁷⁷ Mithin ist auch das Tragen eines islamischen Kopftuchs zunächst vom Recht auf Religionsausübung umfasst.

Das Grundrecht der Religionsfreiheit des Einzelnen wird von einigen Autoren als problematisch erachtet, wenn es auf Ausländer angewendet wird, ohne es dem Prinzip der Gegenseitigkeit zu unterwerfen, also davon abhängig gemacht, dass in den Herkunftsstaaten ebenfalls umfassende Religionsfreiheit gewährt wird.⁷⁸ Derartige Positionen sind jedoch einem nationalstaatlichen Grundrechtsverständnis zuzuordnen, welches sich weder mit den Grundsätzen eines europäischen Menschenrechtsstandards noch mit der deutschen Verfassung vereinbaren lässt.

3.1.3 Verhältnis zur korporativen Religionsfreiheit

Neben dem individuellen Recht auf Religionsfreiheit, einschließlich des Rechts auf Ausübung in der Gemeinschaft, schützt Art. 9 EMRK auch einen Kernbereich der korporativen Religionsfreiheit.⁷⁹ Mit einer Entscheidung aus jüngster Zeit⁸⁰ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigt, dass die Religionsfreiheit im Zusammenhang mit der Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 EMRK zu sehen ist und das Recht der Religionsgemeinschaft auf Zusammenschluss dem Schutzbereich des Art. 9 als unverzichtbar für einen gesellschaftlichen Pluralismus in einem demokratischen Staat zuzurechnen ist.⁸¹ Diese Bestimmung des Schutzbereichs ist gemäß Art. 52 Abs. 3 GRC uneingeschränkt auf die Auslegung des Art. 10 GRC zu übertragen.⁸²

Die Mitgliedstaaten der EU sind mithin verpflichtet, allen Religionsgemeinschaften ein gleiches Existenzrecht einzuräumen und ihre Handlungsfreiheit nur zu beschneiden, soweit hierfür in einem demokratischen Staat eine Notwendigkeit besteht.

3.2 Mehrfachdiskriminierungen im Kontext von Religion: Ethnie und Geschlecht

3.2.1 Begrifflichkeiten

Das AGG spricht in § 4 ausdrücklich von „**eine[r] unterschiedliche[n] Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe**“ und verweist damit auf das Problem, dass in der Lebenswirklichkeit Benachteiligungen und Ausgrenzungen erfolgen, die nicht nur an einem Merkmal anknüpfen. Die Richtlinien enthalten zu dieser Frage zwar keine eigenständigen Regelungen. In den Erwägungsgründen wird jedoch betont, dass Frauen besonders häufig Opfer mehrfacher Diskriminierungen werden.⁸³ Mehrfachdiskriminierungen spielen gerade im Arbeitsbereich eine große Rolle, weil die Entscheidungen von Arbeitge-

77 BVerwG v. 4.7.2002 – 2 C 21/01; BVerfG v. 24.9.2003, NJW 2003, 3111 ff.; VGH Baden-Württemberg v. 26.6.2001 – 4 S 1439/2000; OVG Lüneburg v. – 2 LB 2171/01.

78 Marré in Muckel, 2003, S. 553, 564; Hillgruber, JZ 1999, S. 538, 539.

79 Bernsdorff in Meyer, 2006, Art. 10 GRC, Rn. 13; Triebel, 2005, S. 243.

80 EGMR v. 15.12.2009 – 798/05 **Miro ubovs et autres c. Lettoni**; v. 12.2.2009 – 2512/04 **Nolan u. K. v. Russland**.

81 So schon EGMR v. 26.10.2000 – 30985/96 **Hasan and Chaush v. Bulgaria**.

82 Koriath in Maunz/Dürig, 2010, Art. 140 Rn. 40.

83 Erwägungsgrund 14 der RL 2000/43/EG und Erwägungsgrund 3 der RL 2000/78/EG.

berinnen und Arbeitgebern bei Einstellungen, Beförderungen und Kündigungen meist ein komplexes Motivbündel aufweisen. So stellt etwa die ILO in ihrer Berichterstattung fest:

„Der Ausschuss stellt fest, dass sich die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vielfach nicht auf eine Diskriminierung aus einem einzigen Grund beschränkt. Beispielsweise tritt die geschlechtsbedingte Diskriminierung gleichzeitig mit anderen Formen der Diskriminierung oder Ungleichheit aufgrund von Rasse, nationaler Abstammung oder Religion ... auf. Der Ausschuss möchte in diesem Zusammenhang die Aufmerksamkeit auf die besondere Lage von Arbeitsmigranten lenken, ...“⁸⁴

Mehrfachdiskriminierungen werden überwiegend differenziert nach additiver und intersektioneller Diskriminierung.

Um eine additive Diskriminierung handelt es sich, wenn Ungleichbehandlungen an zwei oder mehr verschiedene Kriterien anknüpfen, die in getrennte Vorgänge zerlegt werden können.⁸⁵ Die verschiedenen Diskriminierungsvorgänge treffen rein zufällig bei einer Person zusammen. So könnte etwa eine muslimische Frau einer additiven Diskriminierung ausgesetzt sein, wenn sie, wie auch die übrigen Frauen ihrer Abteilung, einen niedrigeren Lohn erhält als die Männer, die eine vergleichbare Tätigkeit verrichten, und ihr wegen ihres Kopftuchs nur Aufgaben zugewiesen werden, die ohne Kundenkontakt zu erledigen sind. Sie wird wegen zweier Merkmale benachteiligt, die aber auf voneinander getrennten Vorgängen beruhen und daher auch getrennt bewertet werden können.

Die intersektionelle Diskriminierung weist hingegen eine unsichtbare Interaktion von Gründen auf, die sich erst durch das Zusammenwirken dieser Gründe einer benachteiligten Gruppe zuordnen lassen.⁸⁶ Das Problem des Zusammenwirkens verschiedener Diskriminierungsfaktoren wurde in der Rechtsprechung der USA lange Zeit ausgeblendet.⁸⁷ Als eine der ersten entwickelte **Kimberlé Crenshaw** den Ansatz der intersektionellen Diskriminierung am Beispiel der Benachteiligung von schwarzen Frauen.⁸⁸ Die Forderung nach einer veränderten Bewertung von Diskriminierungsvorgängen ist vor allem der Einsicht geschuldet, dass sich die einzelnen Diskriminierungsfaktoren in ihrer Wirkung oft nicht klar abgrenzen lassen.

“Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars travelling from any number of directions and, sometimes, from all of them”⁸⁹

84 Bericht des Sachverständigenausschusses für die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen, 98. Tagung 2009, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meeting-document/wcms_104121.pdf, S. 28 (aufgerufen am 29.6.2010).

85 Schiek in Schiek/Chege, 2009, S. 3, 12 f.

86 Delgado/Stefancic, 2001, S. 51; Schiek in Schiek/Chege, 2009, S. 3, 12 f.

87 Anfangs verlangten die Gerichte, dass Diskriminierungsklagen auf einen Grund gestützt wurden und hierzu eine Vergleichsgruppe gebildet werden konnte, der gegenüber die Benachteiligung bestand, so Degraffenreid v. General Motors 413 F Supp. 142 – ED Mo 1976, Rogers v. American Airlines 527 F Supp. 229 – SDNY 1981. 1980 akzeptierte ein Gericht erstmals eine Diskriminierung als Gruppe „schwarze Frauen“, ohne eine Diskriminierung von Frauen oder von schwarzen Männern festzustellen: Jefferies v. Harris, Country Community Action Association 615 F 2d 1025 – 5 Cir 1980.

88 Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989, 139 ff.; Crenshaw, Stanford Law Review 43 (1991), 1241 ff.

89 Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989, 139, 149.

Gerade im Bereich personaler Interaktionen wie in der Arbeitswelt lassen sich Abläufe nicht allein durch die Zuordnung zu einem oder mehreren Diskriminierungsmerkmalen erfassen. Die Kombination von Zuschreibungen und Abwertungen führt zu einer eigenständigen Wahrnehmung oder Realitätsbildung, die sich von der Summe der betroffenen Elemente unterscheidet und eine besondere Diskriminierungsform ergibt.⁹⁰

Intersektionalität fokussiert dabei sowohl auf die Asymmetrie zwischen der hegemonialen und den marginalisierten Gruppen als auf die Position der Minderheit innerhalb der marginalisierten Gruppe.⁹¹ So gehören muslimische Frauen der Gruppe einer Minderheitenreligion an, oftmals auch der Gruppe der Migrantinnen und Migranten, sind aber als Frauen innerhalb ihrer Community möglicherweise in einer unterlegenen Machtposition.

Aus diesem Zusammentreffen können sich eigenständige stereotype Bilder und Zuschreibungen ergeben, wie etwa die Vorstellung, dass türkische Musliminnen mit Kopftuch ausschließlich im Reinigungsgewerbe beschäftigt werden können (siehe Peucker, S. 59).

Das BVerfG⁹² weist sehr deutlich die Vorstellung zurück, es komme darauf an, dass ein Diskriminierungsgrund ausschlaggebend oder auch nur dominant einer Entscheidung zugrunde liege. Eine Diskriminierung ist bereits dann festgestellt, wenn das Merkmal die Entscheidung mit beeinflusst hat, auch wenn in einem Motivbündel weitere Kriterien erkennbar sind.⁹³ Auch wenn hier kein mehrdimensionaler Diskriminierungsvorgang zu bewerten war, verdeutlicht die Entscheidung doch den Ansatz der deutschen Verfassungsrechtsprechung, nach der der Schutz der Grundrechtsposition nur erfolgen kann, wenn reale Entscheidungen als Prozesse begriffen werden, die nicht gewichtet in Einzelbestandteile zerlegt werden können. Wirksamer Schutz vor Diskriminierung kann nur erreicht werden, wenn es ausreicht, dass ein inkriminiertes Merkmal in diesem Prozess wirkt. Ob dieses Merkmal weggedacht werden könnte, ohne dass sich das Ergebnis verändert, ist unerheblich.

Diskutiert wird auch die Frage, ob von einer Diskriminierung wegen der Religion gesprochen werden kann, wenn nicht das Glaubensbekenntnis oder die Religionsausübung der gesamten Religionsgemeinschaft den Grund für eine Benachteiligung bietet, sondern nur Personen ausgegrenzt werden, die eine bestimmte Form der Religionsausübung wählen, z. B. bärtige Männer und kopftuchtragende Frauen. Die Frage ist für die Gender-Diskussion mit dem Begriff „sex-plus“ dahingehend geklärt worden, dass eine Diskriminierung wegen des inkriminierten Merkmals auch dann vorliegt, wenn sie sich nur gegen eine abgrenzbare Teilgruppe richtet.

3.2.2 Entwicklung im europäischen Recht

Das europäische Antidiskriminierungsrecht erfasst sowohl additive wie auch intersektionelle Diskriminierungsformen, ohne bisher eigenständige Begrifflichkeiten zu schaffen. So bleibt es bei der allgemeinen Bezeichnung als Mehrfachdiskriminierung. Die Diskussion

90 Hernandez in Nielsen/Nelson, 2005, S. 327; McCall, *Journal of Women in Culture and Society* 30 (2005), 1771 ff.; so für die UK auch Fredman in Fredman, 2001, S. 9, 68.

91 Vieten in Schiek/Chege, 2008, S. 93, 102.

92 BVerfG v. 16.11.1993–1 BvR 258/86.

93 A. a. O.; angegriffen wird die Entscheidung von Wiedemann, 2001, S. 62; Mohr in Hanau/Thau/Westermann, 2008, S. 477, 493.

beschäftigt sich überwiegend mit der Kombination von frauenspezifischen Benachteiligungen mit weiteren Diskriminierungsgründen.⁹⁴ Die Nähe religiöser Diskriminierungen zu rassistischen Ausgrenzungen ist zwar allgemein anerkannt, bislang im Rahmen des EU-Rechts jedoch kaum thematisiert worden.

3.2.3 Neuere Diskussion

Ausgehend von dem Ansatz der Intersektionalität wird in der neueren Diskussion die Überwindung der Fixierung auf festgelegte Diskriminierungsgründe gefordert. An die Stelle treten soll die Ausrichtung auf die realen gesellschaftlichen Benachteiligungen, die marginalisierten Personen eine faire Behandlung sichert und den Missbrauch dominanter Positionen verhindert.⁹⁵ Einen Ansatz könnte hier Art. 14 EMRK bieten, der nicht auf inhärente Merkmale abstellt und damit als Diskriminierungsschutz für das gesamte Spektrum stigmatisierter Eigenschaften geöffnet werden kann.⁹⁶ **Solanke** schlägt vor, die einzelnen Kategorien durch den Begriff des „Stigmas“ zu ersetzen. Bezeichnet wird damit ein spezifisches Verhältnis zwischen Eigenschaften und Stereotypen, das zugleich auch die Zuweisung eines Standorts außerhalb der Wir-Gemeinschaft beinhaltet. Grundlage von Diskriminierungen sind danach soziale Stigmata, die sich unbewusst durchsetzen, weil sie über Jahrhunderte hinweg in das kollektive Bewusstsein einer Gesellschaft eingesunken sind.⁹⁷ Die Diskussion liefert einen wertvollen Beitrag zur Rückbindung der verschiedenen Einzelmerkmale im Diskriminierungsschutz an die Dimension der sozialen Ausgrenzung. Verwechselt werden darf dies aber nicht mit einem Konzept der allgemeinen Selbstverwirklichung, welches jede Lebensäußerung in gleichem Rang schützt. Vorrangiges Ziel sollte es bleiben, die besondere Vulnerabilität von Menschengruppen auf dem Hintergrund von strukturellen sozialen Asymmetrien wahrzunehmen und innerhalb dieser Gruppen die am stärksten ausgegrenzten Personen zu identifizieren.⁹⁸ Den verschiedenen offenen und verdeckten Dimensionen von Diskriminierungsvorgängen kann dadurch Rechnung getragen werden, dass mindestens einer der Diskriminierungsgründe innerhalb eines Motivbündels betroffen ist, ohne dass eine prägende Bedeutung gegenüber anderen Motivationen nachgewiesen werden muss.

3.2.4 Religion und Ethnie

Religiöse Diskriminierungen haben oftmals auch eine ethnische Komponente und umgekehrt. In der Tradition der angloamerikanischen Staaten ist die Religion bereits Bestandteil des Begriffs „race“.⁹⁹ Auf diese Überschneidungen wurde auch von den Organen der EU immer wieder hingewiesen.¹⁰⁰

Die Einordnung von Diskriminierungen von Musliminnen und Muslimen im Arbeitsleben als intersektionelle Form drängt sich geradezu auf, da Entscheidungen hier oftmals von kulturellen Zuschreibungen abhängen, die sowohl ethnische als auch religiöse Elemente

⁹⁴ Nielsen in Schiek/Chege 2009, S. 31, 47 f.

⁹⁵ Arnardóttir in Schiek/Chege, 2009, S. 53, 59 f.

⁹⁶ A. a. O.

⁹⁷ Solanke in Schiek/Chege, 2009, S. 115, 122, 131.

⁹⁸ Holzleitner, *Transnational Law and Contemporary Problems* 14 (2005), 927 ff.

⁹⁹ Wege, 2007, S. 263 f. unter Bezugnahme auf die Einordnung der Sikhs als „race“ durch die britische Rechtsprechung, siehe **Mandla v. Lee** (1983) – 2 A.C. 548.

¹⁰⁰ EP Arbeitsdokument LIBE 102 EN, 2.1.3; Triebel, 2005, S. 61.

beinhalten. In allen westlichen Gesellschaften finden sich tief sitzende Stereotypenbildungen über Muslime, die ihre Wurzel in jahrhundertelangen Konflikten und Feindstellungen haben. Hier überlappen sich religiöse, politische und soziale Haltungen und Vorurteile.¹⁰¹

Durch die Ereignisse seit dem 11. September 2001 ist die Frage der Religionsfreiheit und ihres Schutzes vor Diskriminierung zu einem Testfall des Verhältnisses der westlichen Welt zum Islam geworden, wobei die religiöse Zuschreibung in einem direkten Zusammenhang mit ethnischen Einordnungen als Angehörige bestimmter Staaten und bestimmter Volksgruppen erfolgte.¹⁰²

Auch dort, wo keine individuellen religiösen Vorurteile oder gar Religionshass erkennbar sind, führen von einer Mehrheitsreligion geprägte Organisationsstrukturen und Alltagsabläufe zu Benachteiligung von Minderheitsreligionen, die sich dem Bewusstsein der in diesen Strukturen agierenden Personen entziehen.¹⁰³

3.2.5 Religion, Ethnie und Geschlecht

Das Verbot religiöser Symbole führt zu einer indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts, denn es zielt auf die religiösen Attribute der Frau. Bei Männern fallen die äußeren Zeichen wesentlich indifferenter aus, so ist etwa ein Bart keine völlig ungewöhnliche Erscheinungsform in der mitteleuropäischen Gesellschaft und wird nicht ohne Weiteres als religiöses Symbol wahrgenommen.

Das Verbot des **muslimischen** Kopftuchs hat eine exemplarische Diskussion zur intersektionalen Diskriminierung ausgelöst.

Anders als indigene Frauen und anders als Männer, die der gleichen ethnisch-religiösen Gruppe angehören, werden kopftuchtragende Musliminnen aus dem Arbeitsleben ausgeschlossen oder an die äußerste Peripherie der Putz-, Service- und Hausarbeiten gedrängt (siehe Peucker, S. 58 f.). Zusätzlich kann ihnen der Zugang auch durch eine spezifische weibliche Rollenzuschreibung durch die eigene Community verwehrt werden.

Der zugeschriebene Symbolgehalt wird nicht allein als religiöse Überzeugung wahrgenommen, sondern auch als eine bestimmte Einstellung zur Geschlechterfrage und als Symbol der männlichen Vorherrschaft über die Frau gedeutet.¹⁰⁴ Hier finden sich Zuschreibungen, die in jedem „muslimischen Kopftuch“ ein Opfer der männlichen Gewaltausübung – zumindest als Symbol der Vorherrschaft – zu erkennen glauben.

Auch der EGMR hat in der Sahin-Entscheidung¹⁰⁵ dem Symbolgehalt eines Kopftuchs für die weibliche Unterdrückung einen höheren Stellenwert eingeräumt als dem individuellen Freiheitsrecht auf Religionsausübung. Diese Entscheidung ist in der Rechtsliteratur auf Kritik gestoßen; es wurde davor gewarnt, ihr eine zu allgemeine Wirkung zuzusprechen, da der EGMR sehr ausdrücklich die besondere Geschichte und Situation der Türkei als

101 Weller in Ghanea, 2003, S. 57, 68.

102 Loenen in Schiek/Chege, 2009, S. 313, 314.

103 Weller in Ghanea, 2003, S. 57, 70.

104 VG Stuttgart v. 24.3.2000 – 15 K 532/99.

105 EGMR v. 10.11.2005, 44.774/98, **Sahin gegen Türkei**.

Hintergrund seiner Entscheidung betont.¹⁰⁶ Vor allem aber hat die sozialwissenschaftliche Beschäftigung mit diesem Thema beleuchtet, dass Musliminnen auf der ganzen Welt das Kopftuch auch als Zeichen eines modernen, selbstbewussten Frauenbildes tragen. Hier geht es zum Teil ausdrücklich darum, in der Öffentlichkeit als Musliminnen wahrgenommen zu werden, die studieren, arbeiten, öffentlich Stellung beziehen und gesellschaftspolitisch aktiv werden. Bei türkischen Musliminnen spielt auch die Ablehnung des türkischen Laizismus eine Rolle. Das Kopftuch ist bei jungen Frauen zum Symbol für den Kampf um uneingeschränkte Religionsfreiheit in der Öffentlichkeit und im Bildungswesen geworden.¹⁰⁷

Die reale Heterogenität, die verschiedenen religiösen, aber auch kulturellen Begründungen werden durch die stereotypen Zuschreibungen von außen übergangen und den Frauen damit das Recht auf eine eigene Identität abgesprochen.¹⁰⁸

“By asserting that the Muslim veil is in and of itself a symbol of women’s oppression, non-Muslim female academics of white Western European ethnic origin overlook race, class and sexual orientation as powerful sources of differentiation among women, and present as universal their own perceptions of what constitutes oppression of women. The choices and experiences of Muslim women that do not conform to this portrayal are simply dismissed as evidence of false consciousness.”¹⁰⁹

Wird ein Gegensatz zwischen Emanzipation und Religion aufgebaut und dieser zu Lasten der Religion entschieden, wird den „fremden“ Frauen das Recht auf eine autonome Bestimmung ihrer menschlichen Identität abgesprochen¹¹⁰ und der Anspruch erhoben, als Trägerin oder Träger der wahren Emanzipation die rückständige Muslimin aus der Gefangenschaft ihres „falschen Bewusstseins“ herauszuführen.

Hinzu kommt die Frage nach dem Nutzen einer Verbotsmaßnahme für den Kampf um Gleichberechtigung. Die akademischen Musliminnen haben den Weg einer hochwertigen Berufsausbildung eingeschlagen und stehen gerade damit als Symbol für die Frau im Islam, die im Beruf die gleiche Position einnimmt wie der Mann. Ob sie freiwillig das Tuch tragen oder dazu gedrängt wurden, in jedem Fall wird ihr Weg in die Eigenständigkeit ausgebremst.¹¹¹ Das Verbot bewirkt auch, dass Frauen mit Kopftuch in den pädagogischen und sozialen Berufen nicht sichtbar sind, und so für muslimische Mädchen kein Modell bieten können für einen gelungenen beruflichen Aufstieg und eine selbstbestimmte Lebensführung als Muslimin.

Rechtsdogmatisch kann die Geschlechterdimension im Zusammenhang mit Benachteiligung wegen der Religion nur an der ausgrenzenden Wirkung gegenüber Frauen geprüft werden, nicht jedoch über emanzipatorische Vorstellungen legitimiert werden (siehe für die Rechtfertigung des Kopftuchverbots Kapitel 4).

106 Arnadóttir in Schiek/Chege, 2009, S. 53, 59 f.

107 Oebbecke in Muckel, 2003, 593, 601 f.

108 Chon/Arzt, Law and Contemporary Problems 68 (2005), S. 215, 225; Roseberry in Schiek/Chege, 2009, S. 329, 341.

109 Roseberry in Schiek/Chege, 2009, 329, 343 f.

110 So auch Sacksofsky, KJ 2009, 147, 157.

111 Sacksofsky in Schiek/Chege, 2009, S. 353, 361.

Eine besonders exemplarische mehrdimensionale Diskriminierung zeigt sich, wenn junge Türkinnen in Arbeitsbereichen mit Kundenkontakten keine Anstellung finden, weil ihnen auf Grund der ethnischen Herkunft eine Religionszugehörigkeit unterstellt wird, die so dann zu der Befürchtung führt, sie könnten – und dies eben nur als Frau – eines Tages ein Kopftuch anlegen und dies während der Arbeitszeit tragen (siehe Zitat einer Muslimin bei Peucker, S. 59).

4.

Musliminnen und Muslime im Spannungsverhältnis zwischen Diskriminierung und dem Schutz öffentlicher und privater Interessen

4.1 Diskriminierung bei Einstellung durch private Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber

4.1.1 Strukturveränderung durch das AGG

Durch das AGG hat der Diskriminierungsschutz im Einstellungsverfahren eine grundsätzlich andere Struktur erhalten. Das islamische Glaubensbekenntnis, egal ob durch ein Kopftuch erkennbar oder auf Grund des Namens oder der Herkunft angenommen, darf bei der Personalauswahl kein Entscheidungskriterium bilden, es sei denn, es liegt einer der gesetzlich festgelegten Ausnahmegründe (§§ 8, 9 AGG) vor.

Da vor dem Inkrafttreten des AGG persönliche Vorlieben und Abneigungen etwa gegen Musliminnen und Muslime das Einstellungsverfahren beeinflussen durften, solange darin keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lag (§ 823 BGB), war in Deutschland eine Praxis des offenen Bekenntnisses zu subjektiven und vorurteilsbehafteten Einstellungskriterien entstanden (siehe Peucker, S. 53 f.). Die Einführung des AGG hat zwar die Praxis des offenen Bekenntnisses zur Ablehnung von Musliminnen und Muslimen geändert, nicht aber die inneren Einstellungen.

Im Unterschied zu anderen Diskriminierungsgründen (Alter, Geschlecht, Behinderung) spielt das Merkmal Religionszugehörigkeit bei der Stellenausschreibung keine erhebliche Rolle. Eine direkte Anforderung an die Religionszugehörigkeit findet sich in der Praxis wohl nur bei Ausschreibungen von religiösen oder weltanschaulichen Trägern (siehe hierzu 4.2).

Muslimische Bewerberinnen und Bewerber werden aber oftmals bereits auf der Grundlage der schriftlichen Bewerbungen aus dem Verfahren ausgeschieden.

Bei Bewerbungen muslimischer Frauen, denen ein Bild mit Kopftuch beigefügt ist, kommt es zu Ablehnung, die unmittelbar auf der Religionszugehörigkeit beruht. Ein seltener Fall der schriftlichen Ablehnung wegen des Kopftuchs¹¹² gelangte vor das ArbG Gießen¹¹³, welches ohne längere Ausführung einen Schadensersatz nach § 15 AGG wegen des Verstoßes

112 Das Ablehnungsschreiben enthielt folgenden Text: „Außerdem kommt eine Mitarbeiterin mit islamischer Grundeinstellung mit dem Symbol des Kopftuchs als Unterdrückung der Frauen nicht in Frage. Das Kopftuch ist ein Symbol politisch gewollter Unterdrückung und kein Ausdruck persönlichen Glaubens (wie fälschlicherweise oft behauptet wird). Dies können wir bei uns im Büro leider nicht akzeptieren.“

113 V. 29.10.2009 – 5 CA 226/09.

gegen § 7 Abs. 1 AGG zuerkannte. Diese offene Ablehnung einer Bewerberin wegen des Kopftuchs ist in der Praxis selten, meist bleiben die wahren Beweggründe unaufgedeckt.

Ursache sind häufig diffuse Zuschreibungen auf Grund des Namens oder des Bildes, bei denen neben der ethnischen Herkunft auch die Annahme eines islamischen Glaubensbekenntnisses eine Rolle spielt. Auch ohne dass sich ablehnende Haltungen direkt auf die Religionszugehörigkeit beziehen, liegt in Zuschreibungen gegenüber Musliminnen und Muslimen, die sich auf Leistungsbereitschaft, Motivation, Bildungsstand und Teamfähigkeit beziehen (siehe Peucker, S. 53 f.), eine mehrdimensionale Diskriminierung, die Bezüge zur Religion, Ethnie und dem Geschlecht aufweist. Gerade deshalb kommt es darauf an, negative Zuschreibungen gegenüber Musliminnen und Muslimen zumindest als Element in einem Motivbündel zu ermitteln (siehe auch 3.2.1).

Bis zur Geltung des AGG wurde davon ausgegangen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Wege der einzelvertraglichen Verpflichtung auf einzelne Elemente der Religionsausübung, z. B. das Zeigen religiöser Symbole, verzichten konnten, ohne dass dadurch der „Menschenwürdekern“ der Religionsfreiheit angegriffen werde.¹¹⁴ Solche Vertragsgestaltungen sind nur noch zulässig, wenn hierfür eine nach dem AGG zulässige Rechtfertigung besteht, da das im AGG errichtete Schutzniveau nicht durch vertragliche Abmachungen unterschritten werden darf (§ 7 Abs. 2 AGG).

4.1.2 Das Fragerecht des Arbeitgebers

Schon vor der Geltung des AGG und der RL 2000/78/EG galten Fragen nach der Religionszugehörigkeit bei der Einstellung für alle nicht religiös gebundenen Organisationen als unzulässig.¹¹⁵

Dieselbe Konsequenz ergibt sich auch aus dem Diskriminierungsverbot wegen der Religion nach § 7 iVm § 1 AGG: Wenn an dieses Merkmal keine unterschiedliche Behandlung geknüpft werden darf, besteht für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auch kein Recht, entsprechende Informationen abzufragen.¹¹⁶

Bewerberinnen und Bewerber haben grundsätzlich das Recht, Fragen nach der Religionszugehörigkeit, aber auch nach der Religionsausübung („Müssen Sie während der Arbeitszeit beten?“, „Essen Sie auch Schweinefleisch?“) nicht zu beantworten. Da auch eine verweigerter Antwort Rückschlüsse ermöglicht, dürfen unzulässige Fragen wahrheitswidrig beantwortet werden; eine spätere Vertragsanfechtung kann darauf nicht gestützt werden.¹¹⁷

Berücksichtigt werden dürfen dagegen Arbeitsanforderungen, die den Verzicht auf bestimmte religiös motivierte Handlungen zwingend erforderlich machen oder Handlungen erfordern, die möglicherweise nicht mit dem religiösen Verhaltenskodex vereinbar sind, z. B. die Beteiligung an Kreditvergaben bei einer Bank, der ständige Umgang mit Schweinefleisch in einer Wurstfabrik, der Ausschank von Alkohol in einer Bar oder die Aufnahme von Nacktfotos in einem Fotoatelier. Bewerberinnen und Bewerber müssen auch in diesen

114 Preis/Greiner in Muckel, 2003, S. 653, 662 f.

115 Jousen in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 2008, § 611 Rn. 88; Mohr, 2004, S. 272.

116 Thüsing in MüKo, 2007, § 11 AGG, Rn. 15; Wege, 2007, S. 296.

117 Wisskirchen/Bissels, NZA 2007, 169, 173; Jousen, NZA 2007, 174, 176.

Fällen ihr religiöses Bekenntnis nicht offenlegen, sie sind jedoch verpflichtet, Gewissensnöte auf Fragen und auch unaufgefordert mitzuteilen. Berufen sie sich erst nach der Einstellung auf die Gewissensnot, so kann das Arbeitsverhältnis wahlweise (verhaltensbedingt) gekündigt werden oder wegen anfänglicher Unmöglichkeit angefochten werden.

4.1.3 Der Verzicht auf die Religionsausübung als berufliche Anforderung

Unmittelbare Benachteiligungen (§ 3 Abs. 1 AGG), die sich ausschließlich aus entscheidenden beruflichen Anforderungen rechtfertigen lassen (§ 8 AGG), sind zu prüfen, wenn die Ablehnung oder die Nichtberücksichtigung im Verfahren wegen des islamischen Glaubensbekenntnisses oder wegen einer bestimmten Form der islamischen Religionsausübung erfolgt.

Die Anforderung, nicht – zumindest nicht erkennbar – muslimischen Glaubens zu sein, wird nur in seltenen Fällen „**eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung**“ „**wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung**“ (§ 8 AGG) darstellen.

Vor der Einstellung wird besonders häufig das äußere Erscheinungsbild der Bewerberinnen und Bewerber thematisiert.

Betroffen sind in der Regel nur muslimische Frauen, da für Männer lediglich die Vorschrift besteht, sich von der Hüfte bis zum Knie zu bedecken¹¹⁸; abweichende Anforderungen bestehen allenfalls in einem Segment des Arbeitsmarktes (Sexarbeit und evtl. Rettungsschwimmer o. Ä.), der für gläubige Muslime praktisch nicht relevant sein dürfte.

Besonders umstritten ist die Zurückweisung von Bewerberinnen und Bewerbern wegen entgegenstehender **Kundenerwartungen** (Costumer Preferences).

Vor Inkrafttreten des AGG hatte das BAG¹¹⁹ entschieden, dass dem Weisungsrecht des Arbeitgebers Grenzen gesetzt sind durch die Verpflichtung aus § 315 Abs. 1 BGB zur Rücksichtnahme auf die Grundrechte der Beschäftigten. Mit dem entgegenstehenden Grundrecht des Arbeitgebers auf unternehmerische Betätigungsfreiheit aus Art. 12 GG ist ein grundrechtskonformer Ausgleich herzustellen. Diese vom BAG aufgestellten Anforderungen entsprechen in der Grundkonzeption der vom europäischen Gesetzgeber geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sich für die **mittelbare** Diskriminierung als immanente Schranke in § 3 Abs. 2 AGG wiederfindet.

Für die **unmittelbare** Diskriminierung setzt das AGG in Übereinstimmung mit der RL 2000/78/EG einen strengeren Maßstab. Eine immanente Rechtfertigung durch entgegenstehende Rechtspositionen ist anders als bei der mittelbaren Diskriminierung nicht zulässig. Dem Diskriminierungsschutz der Beschäftigten wird damit ein Vorrang vor den Rechtspositionen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber eingeräumt.

118 Hoevens, 2003, S. 216.

119 BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, Verfahren gegen personenbedingte Kündigung.

Gerechtfertigt ist eine unmittelbare Diskriminierung nur, wenn die Ausnahmegvorschrift des § 8 Abs. 1 AGG erfüllt ist, der Verzicht auf das Kopftuch muss also eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellen.

Die Frage, ob der angenommene oder geäußerte Wunsch von Kunden, keine Geschäftsbeziehungen mit nach außen erkennbaren Musliminnen aufnehmen zu wollen, als entscheidende berufliche Anforderung zu berücksichtigen ist, wird unterschiedlich bewertet.

Einige wenige Stimmen in der Literatur wollen Kundenwünschen schon dann Rechnung tragen, wenn diese sich auf einen sachlichen Grund berufen können.¹²⁰ Überwiegend werden Kundenwünsche hingegen als irrelevant betrachtet, Ausnahmen jedoch für bestimmte Fallkonstellationen zugelassen.¹²¹

Denkbar sind Tätigkeiten, die ein bestimmtes Vertrauensverhältnis voraussetzen, welches durch ein erkennbares muslimisches Symbol nachhaltig gestört werden könnte. So könnte etwa eine Beratungsstelle, die verfolgte Christen aus dem Irak betreut (z. B. aus dem Flüchtlingsaufnahmeprogramm der Bundesregierung von 2008/9), den Verzicht auf das Kopftuch zur Einstellungsvoraussetzung machen, um den zunächst in Deutschland noch orientierungslosen Flüchtlingen nicht den Eindruck zu vermitteln, ihre Beraterinnen und Berater stünden politisch den Verfolgern nahe.¹²²

Auch können bestimmte Klientenzusammensetzungen in der Sozialen Arbeit ein religiös neutrales Auftreten zu einer entscheidenden beruflichen Anforderung machen. Massive Akzeptanzprobleme bei männlichen Jugendlichen, besondere Rücksichtnahmen auf biographische Erlebnisse etwa bei psychisch kranken muslimischen Frauen können den Verzicht auf ein offen islamisches Bekenntnis erforderlich machen. Stark von den religiösen Bekenntnissen der Klientinnen und Klienten beeinflusste Tätigkeiten im Hospiz oder der Altenpflege können es erforderlich machen, auf das offene Bekenntnis zu einer anderen Glaubensrichtung zu verzichten. Andererseits können gerade diese Anforderungen auch das muslimische Bekenntnis zu einer beruflichen Anforderung machen, wenn entsprechend religiös ausgerichtete Patienten eine religionsensible Betreuung benötigen.

In der Realität der Sozialen Arbeit dürften sich derartige Probleme selten stellen, weil meist auf sehr verschiedene Klientinnen und Klienten einzugehen ist und sich einzelne problematische Konstellationen durch Aufgabenverteilungen im Team regeln lassen.

Auch Kundenwünsche, die sich aus dem Schamgefühl oder dem Schutz vor Sexualisierung eines Geschäftsverhältnisses ergeben, stellen eine entscheidende berufliche Anforderung dar.¹²³ So können etwa männliche Muslime von einer Beratungstätigkeit für von häuslicher Gewalt betroffene Migrantinnen – eventuell überwiegend muslimischen Glaubens – ausgeschlossen werden. Für die Betreuung von muslimischen Pflegebedürftigen könnten Musli-

120 Adomeit/Mohr, 2007, § 8 Rn. 40; Löwisch, BB 2006, 2189.

121 Brors in Däubler/Bertzbach, 2008, § 8 Rn. 10; Schiek in Schiek, 2007, § 3 Rn. 15; Bauer/Göpfert/Krieger, 2008, § 8 Rn. 29 f.; Müller-Glöge in MüKo, § 611a Rn. 41; Thüsing in MüKo BGB, § 8 AGG Rn. 15 ff.; Annuß in Staudinger, § 611a Rn. 63; Kamanabrou, RdA 2006, 321, 327; Wisskirchen, DB 2006, 1491 f.

122 Siehe zu den besonderen Anforderungen an das Vertrauensverhältnis in der Beratung auch: BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 77/09.

123 EuGH v. 10.4.1984 – RS 14/83 –, Slg. 1891; BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 536/08; LAG Rheinland-Pfalz v. 20.3.2008 – 2 Sa 51/08; LAG Köln v. 19.7.1996 – 7 Sa 499/96; Krause in Hanau/Thau/Westermann, 2008, S. 377, 388.

me jeweils des gegenläufigen Geschlechts ausgeschlossen sein, auch im Bereich der Krankenversorgung können sich ähnliche Schwierigkeiten ergeben. Die Benachteiligung knüpft in diesen Fällen nicht an der Religion, sondern am Geschlecht an, die Trennlinie verläuft jedoch innerhalb der Gesamtgruppe der Musliminnen und Muslime. Auch ohne Berücksichtigung des Schamgefühls kann eine Kundenpräferenz für das eigene Geschlecht in Vertrauensverhältnissen eine Rolle spielen.

Auch das äußere Erscheinungsbild könnte für bestimmte eng begrenzte Arbeitsbereiche als entscheidende berufliche Anforderung wegen **der Umstände der Ausübung** herangezogen werden. Wenn die Außenwirkung eines Unternehmens in ein auffälliges Missverhältnis zum Produkt oder zur Dienstleistung gerät, entsteht ein Authentizitätsproblem. Als Beispiel wird für die kopftuchtragende Muslimin die Tätigkeit in einem Friseursalon genannt¹²⁴, ein ähnliches Problem könnte sich bei Tätigkeiten im Umfeld der Sexarbeit ergeben. Oftmals sind Arbeitsmarktsektoren betroffen, in denen eine gläubige Muslimin bereits aus religiösen Gründen nicht tätig werden darf und kann (siehe auch unter 4.4). Aber auch die wirtschaftliche Ausrichtung eines Unternehmens kann so stark an ein Corporate Design gebunden sein, dass die Bedingungen der Ausübung einer Tätigkeit den Verzicht etwa auf das Kopftuch zwingend erforderlich machen.¹²⁵ Die exakte Benennung einer Schwelle zwischen Nachgeben gegenüber Vorurteilen und einem echten Widerspruch zum Marketing der Organisation ist nicht möglich und muss daher in jedem Einzelfall besonders gründlich geprüft werden. So könnte etwa ein moderner Club die Beschäftigung einer Muslimin mit Kopftuch als unvereinbar mit ihrem Image erklären, obwohl in diesem Fall lediglich Zuschreibungen wie traditionell, lustfeindlich, missionarische Alkoholgegnerin ausschlaggebend sind.

Besondere Schwierigkeiten bieten xenophobische oder islamfeindliche Kundenpräferenzen. Grundlegend hat das BAG in der Entscheidung vom 10.10.2002¹²⁶ dargelegt, dass das Kopftuchverbot für eine Verkäuferin in einem Kaufhaus nicht aus der Art der Tätigkeit heraus begründet werden kann, sondern nur aus vorurteilsbehafteten Kundenerwartungen. Das BVerfG¹²⁷ hat die Entscheidung durch Nichtannahmebeschluss bestätigt und darauf hingewiesen, dass die wechselseitigen Grundrechtsansprüche im Arbeitsverhältnis gegeneinander abzuwägen sind.

Die Entscheidung des BAG¹²⁸ stellt aber darauf ab, dass erhebliche wirtschaftliche Einbußen nicht belegt werden konnten.¹²⁹ Aus diesem Grund wurden die entgegenstehenden Interessen des Arbeitgebers letztlich als nachrangig gegenüber dem Recht auf Religionsfreiheit gewertet.

In der Literatur wird der ökonomische Gesichtspunkt relativiert, weil in den meisten Fällen die wirtschaftlichen Nachteile eher hypothetisch veranschlagt werden, sodass die Anforderungen für die Ausnahme vom Diskriminierungsverbot nicht erfüllt werden können.¹³⁰

124 Schrader, ArbR 2010, 91.

125 Roseberry in Schiek/Chege, 2009, S. 329, 347.

126 BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01.

127 BVerfG v. 30.7.2003 – 1 BvR 792/03.

128 BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01.

129 Auch das OLG Düsseldorf v. 28.5.1999, ZIP 1999, 1357, 1359, hielt die nicht näher spezifizierten Umsatzeinbußen eines Taxiunternehmens nicht für ausreichend, um Wünsche der Kunden nach deutschen Fahrern zu berücksichtigen.

130 Thüsing, NJW 2003, 405, 406; Wege, 2007, S. 314; Preis/Greiner in Muckel, 2003, S. 653, 667.

Völlig unrealistisch sind Konstellationen, die zu einer ernsthaften wirtschaftlichen Gefährdung führen, jedoch nicht.

Verdeutlich werden kann dies am Beispiel eines Bauunternehmers, der von einer katholischen Gemeinde mit dem Bau einer Kirche beauftragt wird, ein Großauftrag, der bei ansonsten schlechter Auftragslage den Bestand des Unternehmens sichert. Die Kirche besteht darauf, dass keine muslimischen Arbeiter auf der Baustelle beschäftigt werden. Sachliche Gründe ergeben sich weder aus der Art noch den Umständen der Tätigkeit.

Nach der deutlichen Neubestimmung des AGG lassen sich unmittelbare Diskriminierungen nicht mehr aus Umständen rechtfertigen, die in keinem Zusammenhang mit der auszuübenden Tätigkeit stehen (das Problem der Anstellung bei einem religiösen Träger bleibt hier ausgespart). Der EuGH beschäftigte sich in einem Fall, in dem marokkanische Arbeiter in Hinblick auf Kundenwünsche nicht eingestellt werden sollten, nicht mit der Rechtfertigung durch Kundenpräferenzen, sondern ging selbstverständlich von der Unbeachtlichkeit aus.¹³¹

Dennoch wird in der Literatur überwiegend auf die Abwägung von Grundrechtspositionen abgestellt.

Ob der Unternehmer bei den erforderlichen Neueinstellungen die Religionszugehörigkeit berücksichtigen darf, hänge entscheidend davon ab, wie zwischen dem Recht auf Bestandschutz des Unternehmens, welches sich aus Art. 12 und 14 GG ergibt, und dem Diskriminierungsschutz als Ausfluss des Menschenwürdeprinzips abgewogen wird. Zum Teil wird zwar verlangt, dass Arbeitgeber den Kundenwünschen nicht bedingungslos nachgeben, eine wirtschaftliche Aufopferung sei jedoch nicht zumutbar.¹³² In der Konsequenz öffnet das Nachgeben gegenüber dem Auftraggeber allerdings die Tür zur Umgehung des Diskriminierungsschutzes durch gesellschaftlichen Druck. Das Kriterium der Existenzsicherung von Betrieben hängt allein davon ab, welches Ausmaß xenophobische oder islamfeindliche Kundenwünsche annehmen. So könnten auch Taxikunden ausländische oder muslimische Fahrer ablehnen, Leiharbeitsunternehmen die Einstellung von Musliminnen mit Kopftuch oder von Muslimen generell, weil ihre Auftraggeber die reibungslosen Abläufe durch Gebetspausen, durch innerbetriebliche Konflikte oder durch Probleme mit der Verwandtschaft von Musliminnen¹³³ gefährdet sähen. Der Diskriminierungsschutz könnte allein durch ein rigoros diskriminierendes Verhalten der Kunden vollständig leer laufen.

Diskriminierungen können daher grundsätzlich nicht mit Diskriminierungen gerechtfertigt werden, auch nicht aus ökonomischen Gründen.¹³⁴ Im Ergebnis zeigt sich, dass selbst bei einer (gesetzlich nicht vorgesehenen) Verhältnismäßigkeitsprüfung im Ergebnis wirtschaftliche Gründe eine Diskriminierung nicht rechtfertigen können.

131 EuGH v. 10.7.2008 – C-54/07 **Feryn**; siehe dazu auch Bayreuther, NZA 2008, 986, 989.

132 Richardi, NZA 2006, 881, 883; Rohe in FS f. Blomeyer, 2004, S. 217, 234; Thüsing, RdA 2001, 319.

133 So die Argumentation, die der Entscheidung ArbG Wuppertal v. 10.12.2003 – 3 Ca 4927/03 zugrunde lag.

134 Wiedemann, 2001, S. 66; Krause in Hanau/Thau/Westermann, 2008, S. 375, 391; Singer in Dieterich u. a., 2010, 341, 349.

Für den Beispielsfall gilt im Übrigen, dass der Unternehmer es in der Hand hat, die Auftraggeberin nach § 21 AGG auf Beseitigung und Unterlassung in Anspruch zu nehmen, weil die Diskriminierung gegen das Benachteiligungsverbot nach § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG verstößt.

4.1.4 Rechtfertigung auf Grund von Arbeitsabläufen

Überwiegend beziehen sich betriebliche Bekleidungs Vorschriften aber nicht auf das religiöse Bekenntnis, sondern entweder auf Sicherheits- und Hygieneanforderungen oder auf ein einheitliches Auftreten nach außen (Corporate Identity).

Die Ablehnung wegen eines islamischen Kopftuchs ist nicht als unmittelbare Diskriminierung zu behandeln, weil das religiöse Bekenntnis nicht den Grund für die Benachteiligung bildet. Da allen Beschäftigten das Tragen von Kopfbedeckungen (oder anderer als der vorgeschriebenen) untersagt wird, geht es um die Prüfung einer mittelbaren Diskriminierung. Die allgemeinen Regelungen oder Anweisungen müssten

1. für eine Gruppe, die sich nach dem Kriterium Religionszugehörigkeit bestimmen lässt, benachteiligend wirken;
2. entweder nicht durch einen Sachgrund gerechtfertigt sein oder
3. unverhältnismäßig sein.

Die Gruppe, die mit den übrigen Beschäftigten zu vergleichen ist, wird hier nicht von allen Muslimen, sondern nur von den kopftuchtragenden Musliminnen („sex-plus“, siehe 3.2.1) gebildet, die durch die Anweisung gezwungen würden, gegen ihre Glaubensüberzeugung und ihr Gewissen auf das Kopftuch zu verzichten.¹³⁵

Eine mittelbare Benachteiligung ist jedoch dann nicht als Diskriminierung zu qualifizieren, wenn sie aus objektiven Faktoren gerechtfertigt ist, die in keinem Zusammenhang mit dem Diskriminierungsgrund stehen¹³⁶, und wenn sie angemessen (verhältnismäßig) ist. Die besondere Bedeutung der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG verlangt zusätzlich ein ebenfalls grundrechtlich geschütztes Rechtsgut, welches diesem Freiheitsrecht entgegensteht. Die aus Art. 12 GG abgeleitete unternehmerische Freiheit muss in so fundamentaler Weise beeinträchtigt sein, dass die Religionsfreiheit zurückzustehen hat.¹³⁷ Es kommt entscheidend darauf an, dass die Begründung für die Anforderung tatsächlich in einem Zusammenhang mit den Arbeitsabläufen steht und die aus religiösen Gründen bestehende Unmöglichkeit den Anforderungen nachzukommen zu einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung führt.¹³⁸ So kann etwa die Anordnung in einem Büro ohne Publikumsverkehr, die Pausen zu exakt festgelegten Zeiten zu nehmen, der Beschäftigung eines strenggläubigen Muslimen nicht entgegen stehen, weil für diese Anordnung kein aus den Arbeitsabläufen und dem wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens resultierender Sachgrund besteht. Dagegen kann eine Anästhesieärztin im Krankenhaus nur eingesetzt werden, wenn sie bereit ist, das

135 LAG Hamm, Urteil vom 26.2.2002 – 5 Sa 1582/01; VG Lüneburg, NJW 2001, Seire 767, 770; LAG Frankfurt, Urteil vom 21.6.2001 – 4 Sa 1448/00; ArbG Dortmund v. 16.1.2003 – 6 Ca 5736/02; Böckenförde, NJW 2001, Seite 723, 724.

136 EuGH v. 6.4.200 C-226/98 **Jørgensen**; EuGH v. 9.9.2003 C-25/02 **Rinke**.

137 Preis/Greiner in Muckel, 2003, S. 653, 666.

138 So auch Supreme Court of the US, 401 U.S. 424, http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0401_0424_ZO.html (aufgerufen am 12.7.2010).

Kopftuch gegen eine sterile OP-Haube einzutauschen. Ein sachlicher Grund liegt immer vor, wenn sich Sicherheits- oder Hygienevorschriften nicht mit Bekleidungspflichten vereinbaren lassen.¹³⁹

Arbeitgeber sind durch die Regelung in § 3 Abs. 2 AGG verpflichtet zu prüfen, ob mildere Mittel als das Verbot eines bestimmten Kleidungsstückes bestehen, um das Problem zu lösen.

In einigen Arbeitszusammenhängen könnte das Kopftuch z. B. durch eine andere Form der Verhüllung von Kopfhaar, Hals und Schultern erfolgen. Für das medizinische Personal in einem Krankenhaus ließen sich zusätzliche sterile Schalttücher zur (undurchsichtigen) Haube zur Verfügung stellen; ähnlich kann bei Lebensmittelproduktionen verfahren werden.

Aus dem Vereinigten Königreich wird von einigen Unternehmen berichtet, die im Zuge der Richtlinienumsetzung ihre Praxis des Verbots von Kopfbedeckung geändert haben. So wurde dieses Verbot von einer großen Fast-Food-Kette aufgehoben und die Unites Airlines lassen religiöse Kopfbedeckungen als Teil der Bord-Uniform zu.¹⁴⁰

Bestimmte Verhüllungen, vor allem die Burka, sind hingegen grundsätzlich für Tätigkeiten ungeeignet, bei denen es auf eine personale Interaktion ankommt, seien es Kundengespräche oder Teamarbeit mit Kollegen. Kommunikation setzt nicht nur das Hören des gesprochenen Wortes, sondern auch die Wahrnehmung der nonverbalen Interaktion, den Augenkontakt, das Lächeln, Stirnrunzeln etc., voraus.¹⁴¹

Dagegen ist dem an sich legitimen Wunsch von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern nach einem einheitlichen Auftreten der Belegschaft in der Öffentlichkeit kein Vorrang vor dem Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf eine den religiösen Vorschriften entsprechende Bekleidung einzuräumen, wenn keine weiteren betrieblichen Gründe die Dienstkleidung erforderlich machen.¹⁴²

4.1.5 Rechtfertigung zum Schutz der Betriebsharmonie

Musliminnen und Muslime werden bei Einstellungen benachteiligt, weil ihnen bestimmte Eigenschaften zugeschrieben werden. Hierbei wird weder auf die Eignung für die konkrete Tätigkeit noch auf Kundenerwartungen oder das äußere Erscheinungsbild abgestellt. Auch kommt es nicht auf die tatsächliche Religionszugehörigkeit an. Sie wird nicht durch unzulässige Fragen ermittelt. Vielmehr werden aus bestimmten biographischen Daten wie Name, Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Wohngegend etc. Bilder und Annahmen über eine Person projiziert. Oftmals wird es sich dabei nicht um einen analytischen Prozess der Bewertung handeln, sondern um eine subtile, gefühlsmäßige Einschätzung, die zu einer Aussonderung aus dem Bewerbungsverfahren führt. Als Legitimation dienen Wertungen wie: „Passt nicht ins Team“, „Bei solchen ist mit Konflikten zu rechnen“, „Ich will keinen

¹³⁹ Roseberry in Schiek/Chege, 2009, S. 329, 347.

¹⁴⁰ Cumper in Ghanea, 2004, S. 157, 172.

¹⁴¹ VG Mainz v. 26.2.2003 – 1L 98/03; Rohe, FS. Blomeyer, S. 225; so auch Mallmann, German Law Journal 2003, 1099, 1114.

¹⁴² ArbG Hamburg v. 3.1.1996 – 19 Ca 141/95.

Fremdkörper im Betrieb“ oder auch in paternalistischer Verklärung: „Die kann sich hier bestimmt nicht einleben“, „Der findet hier ja niemanden, der so tickt wie er“.

Die Zuordnung zur islamischen Religion stellt bei derartigen Ausgrenzungen meist nur ein Kriterium dar, welches von der ethnischen Herkunft nicht getrennt werden kann. Zusätzlich spielt die soziale Herkunft, oder besser gesagt die Vermutung hierüber, eine wichtige Rolle. Menschen mit türkisch klingenden Namen werden als Musliminnen und Muslime und als Arbeitsmigrantinnen und -migranten aus den ländlichen Gebieten Ostanatoliens eingeordnet, Menschen mit persisch klingenden Namen oder entsprechendem Akzent werden ebenfalls als Muslime, aber aus der Mittel- bis Oberschicht stammend, eingeordnet. Über das Geschlecht werden weitere spezifische Annahmen transportiert; muslimische Männer gelten oft als aggressiv und als unkooperativ gegenüber Frauen; muslimische Frauen als besonders ungebildet, familienorientiert und unselbstständig (siehe Peucker, S. 54).

Es verwundert nicht, dass die Rechtsprechung mit dieser Diskriminierungsform nicht befasst wurde. Nur durch aufwendig angelegte Testing-Verfahren mit Vergleichspersonen und deren statistische Auswertung lassen sich derart subtile Vorgänge aufspüren. Für einzelne Bewerberinnen und Bewerber ist wenig unmittelbarer Nutzen, vor allem keine kurzfristige Verbesserung der Chancen am Arbeitsmarkt zu erwarten.

Auch die Rechtsliteratur hat sich mit dieser Problematik bislang kaum beschäftigt. In der Diskussion zur mehrdimensionalen oder intersektionellen Diskriminierung wird jedoch darauf verwiesen, dass bewusste Diskriminierungen immer weniger das zentrale Problem bilden.¹⁴³ Wichtigste Ursache für die Hierarchisierung der Wertigkeit von Menschen nach Kriterien wie Religion, Ethnie und Geschlecht sind über Jahrhunderte transportierte Vorurteile und Zuschreibungen, die so tief in das kollektive Gedächtnis unserer Gesellschaft eingesunken sind, dass sie nicht mehr als irrationale Vorgänge, sondern als Teil einer bestehenden Kultur wahrgenommen werden.¹⁴⁴ Die dogmatische Erfassung dieser Diskriminierungsformen scheitert zwangsläufig, wenn der Fokus auf die Handelnden gelegt wird, weil sowohl sie selbst als auch die zur Bewertung berufenen Juristen die verborgenen Mechanismen nicht aufdecken können. Selbst der Blickwinkel der Betroffenen erlaubt es kaum, die Kausalität zwischen Handlungen und Benachteiligung zu identifizieren. Es erweist sich, dass die Regelungen des AGG die wohl häufigsten Formen von Diskriminierung weder nach der Dogmatik noch in Hinblick auf die Rechtsschutzmechanismen (siehe dazu unter 5) erfassen können.

4.2 Diskriminierung bei Einstellung durch kirchliche Träger

Musliminnen und Muslime haben derzeit in Deutschland kaum eine Chance, von kirchlichen Trägern im Bereich der Sozial- und Gesundheitsdienste sowie der Bildungsarbeit eingestellt zu werden. In den letzten Jahren haben sich die christlichen Wohlfahrtsverbände stark in Tätigkeitsfeldern engagiert, die unmittelbar oder mittelbar Aufgaben der Integrationshilfe für Zuwanderer, unter ihnen viele Musliminnen und Muslime, übernehmen, z. B. Migrationsdienste, Integrationskursträger, Flüchtlingsberatung und Beschäftigungs-

¹⁴³ Craig, 2007, S. 73.

¹⁴⁴ Craig, 2007, S. 73; Sturm in Nielson/Nelson, 2005, S. 35, 36; Schiek in Schiek/Chege, 2009, S. 3, 21; Solanke in Schiek/Chege, 2009, S. 115, 122; Yoshino, Yale Law Journal 111 (2002), 769 ff.

träger. Auch werden viele Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen von kirchlichen Trägern betrieben. Junge muslimische Frauen entscheiden sich zunehmend für Berufe im Bildungs-, Sozial- und Gesundheitswesen, können aber oft gerade in Berufsfeldern, in denen migrationspezifische Kompetenzen und Erfahrungen benötigt werden, keine Anstellung finden, weil die christlichen Religionsgemeinschaften den größten Teil dieses Sektors abdecken. Insgesamt arbeiten 1,3 Millionen Beschäftigte bei Organisationen, die den beiden großen christlichen Kirchen zugeordnet werden können.¹⁴⁵ Für die katholische Kirche, die Caritas und sonstige katholische Träger gilt die **Grundordnung des kirchlichen Dienstes**, die in Art. 3 die Anforderungen an Mitgliedschaft und persönliche Einstellung zur katholischen Kirche festlegt.¹⁴⁶ Für die der Diakonie angeschlossenen Träger gelten überwiegend die Arbeitsvertragsrichtlinien, die in § 5 nur die Bejahung des diakonischen Auftrags und die Bereitschaft zur Einordnung in die Dienstgemeinschaft voraussetzen. Als Reaktion auf die Diskussion um die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland erließ der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland 2005 eine „Loyalitätsrichtlinie“, durch die die Mitgliedschaft in der evangelischen Kirche zur generellen Regel bei allen Einstellungen gemacht wurde.¹⁴⁷

Ausgehend von der Besonderheit des deutschen kirchlichen Arbeitsrechts ist der Frage nachzugehen, ob das AGG in bestimmten Tätigkeitsfeldern zu einer Verpflichtung der kirchlichen Träger führt, auch muslimischen Bewerberinnen und Bewerbern den Zugang zu Beschäftigung zu eröffnen.

145 Angabe nach Verdi, https://gesundheit-soziales.verdi.de/kirchen_diakonie_caritas/kurz_gesagt (aufgerufen am 1.7.2010).

146 „Artikel 3 Begründung des Arbeitsverhältnisses

1. Der kirchliche Dienstgeber muss bei der Einstellung darauf achten, dass eine Mitarbeiterin und ein Mitarbeiter die Eigenart des kirchlichen Dienstes bejahen. Er muss auch prüfen, ob die Bewerberin und der Bewerber geeignet und befähigt sind, die vorgesehene Aufgabe so zu erfüllen, dass sie der Stellung der Einrichtung in der Kirche und der übertragenen Funktion gerecht werden.

2. Der kirchliche Dienstgeber kann pastorale, katechetische sowie in der Regel erzieherische und leitende Aufgaben nur einer Person übertragen, die der katholischen Kirche angehört.

3. Der kirchliche Dienstgeber muss bei allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch Festlegung der entsprechenden Anforderungen sicherstellen, dass sie ihren besonderen Auftrag glaubwürdig erfüllen können. Dazu gehören fachliche Tüchtigkeit, gewissenhafte Erfüllung der übertragenen Aufgaben und eine Zustimmung zu den Zielen der Einrichtung.

4. Für keinen Dienst in der Kirche geeignet ist, wer sich kirchenfeindlich betätigt oder aus der katholischen Kirche ausgetreten ist.

5. Der kirchliche Dienstgeber hat vor Abschluss des Arbeitsvertrages durch Befragung und Aufklärung der Bewerberinnen und Bewerber sicherzustellen, dass sie die für sie nach dem Arbeitsvertrag geltenden Loyalitätsobliegenheiten (Art. 4) erfüllen.“

147 Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland nach Art. 9 Buchst. b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes vom 1. Juli 2005 § 3 Berufliche Anforderung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

1. Die berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie setzt grundsätzlich die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland oder einer Kirche voraus, mit der die Evangelische Kirche in Deutschland in Kirchengemeinschaft verbunden ist.

2. Für Aufgaben, die nicht der Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung zuzuordnen sind, kann von Absatz 1 abgewichen werden, wenn andere geeignete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind. In diesem Fall können auch Personen eingestellt werden, die einer anderen Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen angehören sollen.

4.2.1 Das deutsche Kirchenprivileg

Das Verhältnis von Staat und Religion hat in Deutschland eine historisch gewachsene Ausformung erlangt, die als Kooperationsmodell einen Zwischenweg zwischen dem Staatskirchenmodell und dem Laizismus (rigorose Trennung zwischen Kirche und Staat) gewählt hat. Den Religionsgemeinschaften wird eine verfassungsrechtlich garantierte Sonderstellung eingeräumt, die ihnen innerhalb der Schranken der geltenden Gesetze das Recht gewährt, ihre Angelegenheiten ohne staatliche Einmischung selbstständig zu regeln. Das Grundgesetz übernahm das erstmals in der preußischen Verfassung von 1848 (Art. 12) festgelegte und in allen weiteren Verfassungen fortgeschriebene Kirchenprivileg unmittelbar aus der Weimarer Verfassung (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV). Das Selbstbestimmungsrecht erfasst nicht nur die Religionsgesellschaften selbst, sondern auch alle ihnen zugeordneten Einrichtungen unabhängig von der Rechtsform, wenn sie sich nach ihrem religiösen Selbstverständnis dazu berufen fühlen, ein Stück des Auftrags der Kirche in dieser Welt zu übernehmen¹⁴⁸, sowie Vereinigungen, die sich die gemeinsame Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen.¹⁴⁹ Die christlichen Wohlfahrtsverbände gelten nach einhelliger Auffassung als den Religionsgemeinschaften zugeordnete Einrichtungen.¹⁵⁰

Arbeitsverhältnisse bei kirchlich gebundenen Leistungsträgern unterliegen grundsätzlich dem staatlichen Arbeitsrecht, schon deshalb, weil der kirchliche Arbeitgeber mit der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen als Arbeitsverhältnis und nicht als kirchliches Dienstverhältnis eine Rechtswahl getroffen hat, die sich dem allgemeinen Arbeitsrecht unterwirft.¹⁵¹ Aus dem Kirchenprivileg abgeleitet wird das Recht auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen die Einstellungs Voraussetzungen und Dienstpflichten innerhalb der Grenzen der für alle geltenden Gesetze eigenständig festlegen.

Fand sich zunächst in der Rechtsprechung des BAG¹⁵² noch eine Differenzierung nach der Nähe der Mitarbeiter zum Verkündigungsauftrag der Kirche, so wies das BVerfG in einer Grundsatzentscheidung den Religionsgemeinschaften das unbedingte Recht zu, für alle Beschäftigten die Anforderungen nach dem eigenen Selbstverständnis zu regeln und verbindlich vorzugeben.¹⁵³

Das deutsche Kirchenprivileg ist danach nicht allein ein Tendenzschutz und damit eine konkrete Ausformung der Anforderungen, die an eine bestimmte Tätigkeit zu stellen sind, wie etwa die Tätigkeit für eine Partei, einen Verlag oder eine Gewerkschaft. Es handelt sich vielmehr um eine Kollisionsregel zwischen zwei Rechtsbereichen, dem kirchlichen und dem weltlichen Recht. Mit der Inkorporierung des Art. 137 Abs. 3 WRV in das Bonner Grundgesetz (Art. 140 GG) erfolgte somit eine Anerkennung und Fortführung eines Rechts, welches außerhalb der staatlichen Jurisdiktion liegt; begrenzt allein durch die Grundprin-

148 BVerfG v. 16.10.1968 – 1 BvR 241/66; BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83; A. v. Campenhausen in Mangold/Klein/Starck, 2010, Art. 140/137 WRV, Rn. 77 f.; Isensee in Listl/Pirson, 1995, S. 665, 729 ff.; Jousseen, NZA 2008, 675, 677.

149 BVerfG v. 16.10.1968 – 1 BvR 241/66; BAG v. 14.4.1988 – 6 ABR 36/86; Schlachter in Erfurter Kommentar, 2010, § 9 AGG, Rn. 2.

150 Richardi, NZA 2006, 881, 882; Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt, 2008, § 9 Rn. 20.

151 BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83; Hillgruber in Muckel, 2003, S. 297, 304.

152 BAG v. 14.10.1980 – 1 AZR 1274/79; v. 31.10.1984 – 7 AZR 232/83; v. 12.12.1984 – 7 AZR 418/83; v. 23.3.1985 – 7 AZR 249/81.

153 BVerfG v. 4.5.1985 – 2 BvR 1703/83.

zipien des deutschen Rechts, die sich im allgemeinen Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG), dem Begriff der guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) und dem **ordre public** (Art. 6 EGBGB) wiederfinden.¹⁵⁴ Im Grunde wird das kirchliche Arbeitsrecht ähnlich behandelt wie das Recht eines anderen souveränen Staates.¹⁵⁵ Differenzierungen hinsichtlich der Religionszugehörigkeit oder der Loyalitätspflichten nach der Tätigkeit können allein von der Religionsgemeinschaft, nicht aber von einem weltlichen Gericht vorgenommen werden.¹⁵⁶

Für die beiden großen christlichen Kirchen und ihre Wohlfahrtsverbände ist das **Leitbild der christlichen Dienstgemeinschaft** prägend für die gesamte Ausgestaltung¹⁵⁷ des kirchlichen Arbeitsrechts. Der Dienst umfasst dabei nicht nur die Verkündigung und den Gottesdienst, sondern auch den durch den Glauben motivierten Dienst am Mitmenschen. Wer – in welcher Form auch immer – in einer Einrichtung der christlichen Kirche tätig ist, wird zur/zum Angehörigen dieser Dienstgemeinschaft.¹⁵⁸ Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geben mit Abschluss des Arbeitsvertrages ein Stück ihres Selbstbestimmungsrechts auf und verzichten freiwillig zu einem Teil auf die Ausübung ihrer Grundrechte.

In zwei Entscheidungen des BVerfG aus den Jahren 2001¹⁵⁹ und 2002¹⁶⁰ deutet sich eine Begrenzung des Kirchenprivilegs im Arbeitsrecht durch eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung an, durch die das BVerfG die Grundrechte der Beschäftigten wieder in die Rechtmäßigkeitsprüfung einbeziehen könnte.¹⁶¹ Allerdings handelt es sich lediglich um Nichtannahmebeschlüsse, die keine konkrete Rechtsgüterabwägung vornehmen.

Die Überhöhung der Kirchenautonomie, die sich keinerlei Güterabwägung mit anderen Rechtspositionen in Verfassungsrang auszusetzen hat, wird in der Literatur als unvereinbar mit dem Neutralitätsgebot kritisiert.¹⁶² Die Vorstellung eines „rechtsfreien“ Raums verstoße gegen die staatliche Justizgewährungspflicht, die alle Rechtssubjekte zu schützen hat und sich auf alle Bereiche des staatlichen Rechts bezieht.¹⁶³

Das Arbeitsrecht gehört zweifelsfrei zu den allgemeingültigen Gesetzen und kann nicht als innerorganisatorische Angelegenheit behandelt werden.¹⁶⁴ Arbeitnehmer verlieren nach dem heutigen Grundrechtsverständnis durch Eintritt in ein Arbeitsverhältnis nicht ihre Identität als Grundrechtsträger.¹⁶⁵ Sie können sich auf den Berufsschutz nach Art. 12 GG, auf die Religionsfreiheit nach Art. 4 GG und gegebenenfalls auf weitere Grundrechte berufen. Die Kritik richtet sich nicht gegen eine konkrete Abwägung des Grundrechtsschutzes der Betroffenen gegen das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, sondern gegen einen generellen Nachrang der individuellen Grundrechte der Beschäftigten gegenüber der Kirchenautonomie. Entscheidend sei, ob ein bestimmtes Verhalten geeignet sei, die Glaubwürdigkeit der Kirche in Frage zu stellen.¹⁶⁶

154 A. a. O.

155 Thüsing in Muckel, 2003, S. 901, 905 ff.

156 So auch: Thüsing, 2006, S. 19 f.; Hillgruber in Muckel, 2003, S. 297, 311.

157 Belling, NZA 2004, 885, 888; Joussem, RdA 2007, 328 ff.

158 BVerfG v. 25.3.1980 – 2 BvR 208/76; BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83; Thüsing, 2006, S. 18; Richardi in Muckel, 2003, S. 727, 735; Jeand'Heur/Korioth, 2000, Rn. 193.

159 BVerfG v. 31.1.2001 – 1 BvR 619/92.

160 BVerfG v. 7.3.2002 – 1 v 1962/01.

161 Thüsing in Muckel, 2003, S. 901, 908.

162 Preuß, Alternativkommentar GG, Art. 140, Rn. 27; Kehlen, 2003, S. 148.

163 Classen, 2003, S. 123 unter Bezugnahme auf BGH v. 11.2.2000 – V ZR 271/99.

164 von Campenhausen/de Wall, 2006, S. 121.

165 Classen, 2003, S. 14

166 Classen, a. a. O.

4.2.2 Die Reichweite der Ausnahmebestimmung des § 9 AGG

Die Frage nach einer Einschränkung des Kirchenprivilegs durch europäisches Recht hat wie kaum ein anderes Thema die arbeitsrechtliche Diskussion in der Zeit vor und nach Verabschiedung des AGG erhitzt. Die späte Umsetzung der Richtlinien in ein nationales Gesetz war auch den schwierigen Verhandlungen mit den Kirchen über die Regelungen der Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot im Bereich der Religionsgemeinschaften geschuldet.

Der Diskussionsstand wird im Folgenden – beschränkt auf den Aspekt der Einstellung von Musliminnen und Muslimen durch Träger der christlichen Kirchen – kurz referiert.

4.2.2.1 Die zulässige Diskriminierung wegen der Religion in § 9 AGG

Mit § 9 AGG wurde eine Ausnahme zum Diskriminierungsverbot wegen der Religion geschaffen, die ausschließlich Religionsgemeinschaften, ihre Einrichtungen und religiöse oder weltanschauliche Vereinigungen im Bereich der Beschäftigung begünstigt. Nicht zum Bereich der Beschäftigung gehören Schüler und Studierende an schulischen Bildungseinrichtungen und Hochschulen.¹⁶⁷ Anforderungen der Bildungseinrichtungen an die Religionszugehörigkeit der Teilnehmerinnen und Teilnehmer können nur nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 AGG beurteilt werden (nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung). Alle Formen der betrieblichen Ausbildung, einschließlich Praktika, fallen hingegen unter die Definition der Beschäftigten nach § 6 Abs. 1 AGG.

Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass der Begriff der Religionsgemeinschaft in gleicher Weise zu verstehen sei wie nach Art. 137 WRV.¹⁶⁸

§ 9 Nr. 1 AGG verlangt für eine Ungleichbehandlung, dass ein auf die Religion bezogenes Merkmal eine „gerechtfertigte berufliche Anforderung“ darstellt; und zwar gerechtfertigt entweder durch die „Art der Tätigkeit“ **oder** „in Hinblick auf ihr [der Religionsgemeinschaft] Selbstbestimmungsrecht“. Die damit geschaffene Möglichkeit, eine Diskriminierung allein auf das Selbstbestimmungsrecht zu stützen, wurde erst in das Gesetz eingefügt, nachdem der erste Entwurf von 2004¹⁶⁹ gescheitert war. Nach der Gesetzesbegründung sollte dadurch die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zum kirchlichen Arbeitsrecht (siehe oben) unberührt bleiben.¹⁷⁰ Die Kirchen und Wohlfahrtsverbände konnten auf der Grundlage dieser Regelung davon ausgehen, dass sie ihre Einstellungs Voraussetzungen nach den Grundsätzen der „christlichen Dienstgemeinschaft“ wie bisher aufrechterhalten konnten.

Die juristische Literatur blieb in der Bewertung gespalten. Eine beachtliche Anzahl namhafter Arbeitsrechtlerinnen und Arbeitsrechtler sieht das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen als bestandsfest gegenüber dem AGG und keinen Änderungsbedarf für die Einstellungspraxis der Wohlfahrtsverbände.¹⁷¹ Ebenso zahlreich sind die Stimmen in der Literatur,

167 Triebel, 2005, S. 137 f.

168 BT-Drs. 16/1780, S. 35.

169 BT-Drs. 15/4538.

170 BT-Drs. 15/5717, S. 8.

171 Richardi, 2008, § 1 Rn. 31 ff.; Richardi, NZA 2006, 881, 885; Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583, 2585; Adomeit/Mohr, 2007, § 9 Rn. 15; Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff, ZfA 2009, 153, 194; Voigt in Schlausener/Suckow/Voigt, 2006, § 9 Rn. 3; Jousen, NZA 2008, 675, 678 f.; von Tiling, ArbRB 2009, 80, 83.

die eine deutliche Einschränkung in Richtung eines Tendenzschutzes, also bestimmt nach der Art der Tätigkeit oder nach den Bedingungen ihrer Ausübung, verlangen.¹⁷² Jede der beiden Fraktionen nimmt für sich die Vorherrschaft (h. M.) in Anspruch. Tatsächlich lässt sich eine eindeutig überwiegende Auffassung jedoch für keine Seite feststellen.

Maßgeblich für die Rechtfertigung bei der Auffassung ist jedoch nicht allein der Gesetzestext; die Auslegung hat im Lichte der Vorgaben der RL 2000/78/EG zu erfolgen.¹⁷³ Es findet sich unter den Staatskirchenrechtlern zwar auch die Auffassung, die Richtlinie sei nicht zu beachten, weil sie in das verfassungsrechtlich geschützte Recht der Kirchen eingreife¹⁷⁴. Mit der Rechtsprechung des EuGH¹⁷⁵ und des BVerfG¹⁷⁶ ist diese Haltung jedoch nicht zu vereinbaren.¹⁷⁷

4.2.2.2 Auslegung auf der Grundlage der RL 2000/78/EG

Mit § 9 AGG wurde die Regelung des Art. 4 Abs. 2 der RL 2000/78/EG in deutsches Recht umgesetzt.

Hinsichtlich der Bestimmung der Reichweite des Begriffs der Religionsgemeinschaften ergeben sich keine Divergenzen zwischen der deutschen und der europäischen Rechtssetzung. Auch der Rat der Europäischen Union ging bei Verabschiedung der RL davon aus, dass karitative Verbände sowie Bildungs- und Sozialeinrichtungen in religiöser Trägerschaft erfasst werden.¹⁷⁸

Inhaltlich bestehen zwischen beiden Regelungen jedoch deutliche Unterschiede. Muss nach § 9 AGG die Religion eine „gerechtfertigte berufliche Anforderung“ darstellen, so verlangt die RL „eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“. Als **wesentlich** wird dabei eine Anforderung betrachtet, die einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht.¹⁷⁹ Der Maßstab ist gegenüber der **unverzichtbaren** Anforderung etwas herabgesetzt, geht aber über ein nur **nützlich**es Merkmal hinaus.¹⁸⁰

§ 9 AGG hat hier einen deutlich weichen Maßstab gesetzt, der es gerade erlauben sollte, dass die Angabe eines Sachgrundes, insbesondere der Verweis auf die **christliche Dienstgemeinschaft** zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ausreicht.

Weiter verweist die RL zwar ebenso wie § 9 AGG auf den „Ethos der Organisation“, verlangt jedoch zusätzlich die Erforderlichkeit nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung. Eine Begründung allein aus dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft wie nach § 9 AGG ist nach Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG nicht möglich.¹⁸¹

172 Wedde in Däubler/Bertzbach, 2008, § 9 Rn. 52; Kamanabrou, RdA 2006, 321, 328; Schlachter in ErfKom., 2010, § 9 AGG, Rn. 1 und 3; Budde, AuR 2005, 353, 357 f.; Groh, 2009, S. 66, 72.

173 Schiek in Schiek, 2007, Einl AGG, Rn. 61.

174 Richardi, 2009, § 4 Rn. 10 ff.; Mohr/v. Fürstenberg, BB 2008, 2122.

175 EuGH v. 26.4.2007 C-392/05; EuGH v. 17.12.1980 Rs. 149/79.

176 BVerfG v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83; BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92; BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08.

177 Deinert EuZA 2009, 332, 336.

178 Dokument des Rates 7755/00, Fn. 32, Sitzung vom 11.4.2000.

179 So die Formulierung des EuGH v. 13.5.1986 C-170/84 **Bilka**.

180 Triebel, 2005, S. 146.

181 So auch die Europäische Kommission in ihrer Beanstandung der Richtlinien-Umsetzung gegenüber Deutschland vom 31.1.2008, zitiert nach Thüsing/ Fink-Jamann/von Hoff, ZfA 2009, 153, 154 f.; Groh, 2009, S. 54.

Auch wenn der Wortlaut der RL für eine Differenzierung bei der Anforderung an die Religionszugehörigkeit je nach der Art oder den Umständen der Tätigkeit spricht¹⁸², ist in der Literatur hoch umstritten, ob die Einschränkungen des Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG das Kirchenprivileg des Grundgesetzes unberührt lassen.¹⁸³

Für die Auslegung von Richtlinien ist angesichts der verschiedenen Sprachfassungen und des Kompromisscharakters, bedingt durch die unterschiedlichen Rechtskulturen der Mitgliedstaaten, neben dem Wortlaut vor allem auf den Sinn und Zweck einer Regelung (teleologische Auslegung) unter Beachtung der Übereinstimmung mit Primärrecht abzustellen.¹⁸⁴

Bereits der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 der RL nimmt Bezug auf die einzelstaatlichen Regelungen, indem die Option eröffnet wird, in Hinblick auf „die zum Zeitpunkt der Annahme der Richtlinie einzelstaatlichen Gepflogenheiten“ Sonderregelungen für Religionsgemeinschaften zu erlassen. Auch aus der Systematik des Art. 4 der RL ergibt sich, dass die Ausnahmenvorschrift für Religionsgemeinschaften in Abs. 2 eine weitergehende Einschränkung des Diskriminierungsverbots beinhaltet als die allgemeine Ausnahme des Abs. 1. Die Anforderung an die Tätigkeit ist nicht allein aus sich selbst heraus zu bewerten, sondern „angesichts des Ethos der Organisation“. Dadurch wird das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften hinsichtlich ihrer eigenen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre¹⁸⁵ bekräftigt und von staatlicher Einmischung freigestellt.¹⁸⁶

Soweit besteht Einigkeit; nicht jedoch bei der Frage, ob auch der Bezug einer Tätigkeit zum Ethos der Organisation dem Selbstbestimmungsrecht unterliegt oder ob dieser im Einzelfall nachzuweisen und einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist.

Teilweise wird der Bezug auf das „jeweilige Ethos einer Religionsgemeinschaft“ dahingehend verstanden, dass eine Bewertung der konkreten Tätigkeit ausgeschlossen sei, weil das autonom festgelegte Grundverständnis sich Prüfungskriterien von außen entziehe.¹⁸⁷ Allein die Organisation entscheide, welche Tätigkeiten nicht dem Diskriminierungsverbot unterliegen.¹⁸⁸ Allenfalls könne verlangt werden, dass Religionsgemeinschaften die Anforderungen hinsichtlich der jeweiligen Tätigkeit plausibel darlegten, dies jedoch eher im Sinne einer Selbstvergewisserung, die nur hinsichtlich eines Missbrauchs einer gerichtlichen Nachprüfung zugänglich sei.¹⁸⁹

Für diese Argumentation wird als Auslegungsmaßstab der Erwägungsgrund 24 herangezogen, der seinerseits auf die „Kirchenerklärung“ in der Schlussakte des Amsterdamer Vertrags verweist. In ihr verpflichtete sich die EU auf die Achtung des Status der Kirchen und Religionsgemeinschaften nach nationalem Recht.

182 So auch Hammer in Rust, 2003, S. 181, 185, unter Verweis auf die englische Fassung „by reason of“ und die französische „en raison“.

183 Richardi, NZA 2006, 881, 885.

184 Pernice/Mayer in Grabitz/Hilf, 2008, Art. 220 EGV, Rn. 42; Calliess/Ruffert-Wegener, 2007, Art. 220 EGV, Rn. 12; Anweiler, 1997, S. 253 ff.

185 Als Inbegriff des **Ethos**, siehe Treibel, 2005, S. 160 f.

186 Reichold, NZA 2001, 1054, 1059; Hanau/Thüsing, 2001, S. 32.

187 Mohr, 2004, S. 203; Thüsing, 2006, S. 17 f.; Thüsing, ZfA 2001, S. 397, 408.

188 Waldhoff, JZ 2003, 978, 986; Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff, ZfA 2009, 153, 166; Belling, NZA 2004, 885, 886; Reichold, NZA 2001, 1054, 1059.

189 Germann/de Wall in FS f. Blomeyer, 2004, S. 549, 576.

Die Amsterdamer Kirchenerklärung wurde seinerzeit nicht Bestandteil des EG-Vertrags. Es handelte sich also um eine Absichtserklärung ohne rechtliche Verbindlichkeit.¹⁹⁰ Mit Inkrafttreten der AEUV zum 1.12.2009 hat sich die Bedeutung für die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 der RL grundlegend verändert, weil mit Art. 17 AEUV die „Amsterdamer Kirchenerklärung“ Bestandteil des EU-Verfassungsrechts geworden ist.¹⁹¹ Die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 der RL hat nunmehr in Hinblick auf das Primärrecht¹⁹² zu berücksichtigen, dass das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, soweit es den nationalstaatlichen Regelungen und Traditionen entspricht, zu achten ist.¹⁹³

Die Gegenposition bedient sich aber nicht nur des – nunmehr obsoleten – Verweises auf die Unverbindlichkeit der „Amsterdamer Erklärung“, sondern weist zu Recht darauf hin, dass der Achtungsanspruch der Religionsgemeinschaften nicht als Bereichsausnahme misszuverstehen sei und keinen Vorrang vor allen anderen primärrechtlichen Regelungen für sich in Anspruch nehmen könne.¹⁹⁴ Die generelle Befreiung aller religiösen Organisationen von der Bindungswirkung des europäischen Rechts würde zudem die Umsetzung der Ziele der EU in Frage stellen.¹⁹⁵

Art. 17 AEUV beinhaltet vor allem die Anerkennung einer korporativen Religionsfreiheit, die allerdings in Konkurrenz zu den anderen Rechten aus der EU-Verfassung steht und die **allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts** zu beachten hat. Zu diesen Grundsätzen gehört das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches auf alle Maßnahmen im Kompetenzbereich der EU anzuwenden ist.¹⁹⁶ Art. 4 Abs. 2 der RL enthält zwar im Unterschied zu Abs. 1 nicht das Kriterium der Angemessenheit¹⁹⁷, wohl aber den Hinweis auf die Beachtung der **allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts** und verweist damit unzweifelhaft auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit.¹⁹⁸ Das Recht religiöser Organisationen ist stets abzuwägen gegen das in der Verfassung besonders hoch angesiedelte Verbot von Diskriminierung, nunmehr ergänzt durch den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 20 GRC.¹⁹⁹ Die Anforderung an die Kirchen- oder Religionszugehörigkeit kann daher nur gerechtfertigt sein, wenn sie auch angemessen ist. Erinnerung sei daran, dass der EuGH in der Sache **Mangold** das grundsätzliche Verbot der Diskriminierung wegen eines in den Richtlinien genannten Grundes als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts angesehen

190 Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825, 2830; Thüsing, 2006, S. 221 f.; Richardi, 2008, § 1 Rn. 33; Schliemann, NZA 2003, S. 407, 410.

191 Siehe zur Diskussion um die Verankerung Naumann, Kolja, 2008, S. 14 ff.

192 EuGH v. 12.11.1969 – Rs. 29/69 **Stauder**; v. 21.3.1991 – Rs. 314/89 **Rauh**; v. 1.4.2004 – C-1/02 **Borgmann**; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 9.1.2008 – C-286/06, Rn. 165 ff.; Leible in Riesenhuber, 2006, S. 116 f.; Grabitz/Hilf-Pernice/Mayer, 2008, Art. 220 EGV, Rn. 49.

193 Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff, ZfA 2009, 153, 183 ff.; Robbers in FS Listl, 2004, S. 753.

194 Link in Krause/Veelken/Vieweg, 2004, S. 675, 681; Hollerbach, ZevKR 35 (1990), 250, 282; de Wall, ZevKR 45 (2000), 157, 166.

195 Triebel, ZevKR 49 (2004), 644, 646; Link, ZevKR 42 (1997), 130, 134.

196 Rudolf/Mahlmann, 2007, § 3 Rn. 112; Groh, 2009, S. 74.

197 Die Bundesrepublik hat sich in der Diskussion um Art. 4 Abs. 2 der RL stets für eine möglichst weite Fassung ausgesprochen, die vor allem auf die Anforderung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verzichtet, um dem deutschen Kirchenprivileg Rechnung zu tragen. Ihrer Sorge, die Kirchen könnten im Bereich der Sozial- und Bildungsaufgaben eine Einschränkung ihrer autonomen Bestimmung über die religiöse Ausrichtung des Personals verlieren, stand die Position entgegen, für eine zulässige Diskriminierung aus religiösen Gründen sei stets ein klarer Bezug zum Verkündigungsauftrag erforderlich. Schließlich kam es jedoch durch Intervention Irlands zu einer Kompromisslösung, in der auch die Bezugnahme auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung gestrichen wurde. Ausführliche Darstellung des Verhandlungsprozesses bei Triebel, 2005, S. 81–109; siehe auch: Reichold, NZA 2001, 1054, 1055.

198 EuGH v. 15.5.1986 – C-222/84 **Johnston**; EuGH v. 11.1.2000 – C-285/98 **Kreil**; Mahlmann in Rudolph, Mahlmann, 2007, § 3 Rn. 112; Triebel, S. 147 f.; Groh, 2009, S. 74; a. A.: Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff, ZfA 2009, S. 153, 171.

199 Graser in Schwarze, 2009, Art. 20 Rn. 1–6.

hat, welcher „seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat“.²⁰⁰ Auf diesen Grundsatz können sich auch Privatpersonen vor einem nationalen Gericht berufen.²⁰¹ Der Diskriminierungsschutz der Beschäftigten lässt sich deshalb nicht aus dem öffentlichen Rechtsschutz ausnehmen und der Selbstbestimmung der religiösen Organisationen überlassen.²⁰²

Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot sind auf besondere Bedingungen beschränkt²⁰³ und restriktiv zu handhaben²⁰⁴, um dem Grundanliegen möglichst umfassend zur Wirkung zu verhelfen (effect utile). Angesichts der besonderen Bedeutung, die der Gleichstellung und Antidiskriminierung im EU-Recht zukommt, ist für Einstellungen bei religiös geprägten Trägern wie für die Beschäftigungsverhältnisse insgesamt in jedem Fall zu prüfen, ob das Recht der Religionsgemeinschaften auf freie Religionsausübung so intensiv betroffen ist, dass im Verhältnis dazu die Diskriminierung für den einzelnen Bewerber hinzunehmen ist.²⁰⁵

Auch aus den allgemeinen Loyalitätspflichten des Art. 4 Abs. Satz 3 der RL soll nach Auffassung von **Joussen** abgeleitet werden können, dass die Kirchen die Anforderungen an ihre Mitarbeiter vorbehaltlos selbst bestimmen und damit die Zugehörigkeit zur eigenen Kirche von allen verlangen können.²⁰⁶ Dieser Auffassung wird jedoch überwiegend entgegengehalten, dass es sich bei den Loyalitätspflichten lediglich um Mindestverhaltensnormen handelt, die vor allem dem Schutz der Glaubwürdigkeit einer religiösen Organisation dienen, die Forderung nach Religionszugehörigkeit lasse sich daraus aber nicht ableiten.²⁰⁷

4.2.2.3 Einwirkungen der EMRK und der GRC

Der Inhalt des Art. 4 Abs. 2 der RL ist auch in Übereinstimmung mit den Grundrechten auf Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK und aus Art. 10 GRC auszulegen.

Teilweise wird aus der korporativen Religionsfreiheit (siehe 3.1.3) gefolgert, dass der Pluralismus der Staatskirchenordnungen in den Mitgliedstaaten und damit auch das deutsche Staatskirchenrecht in seiner konkreten Ausformung durch Art. 9 EMRK und Art. 10 GRC geschützt wird.²⁰⁸ Andere Autoren bezweifeln jedoch eine Garantiefunktion der europäischen Religionsfreiheit für die bestehende Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche.²⁰⁹

Der grundsätzliche Unterschied zwischen dem europäischen Verständnis des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften als verbürgtem Grundrecht und der Sonderstellung nach deutschem Verfassungsrecht liegt in dem Verhältnis zu anderen Grundrechtspositionen. Gilt für die deutsche Kirchenautonomie eine Sonderstellung, die bis zur

200 EuGH v. 22.11.2005 – C-144/04.

201 EuGH v. 15.4.1997 – 27/95; so auch BAG v. 26.4.2006 – 7 AZR 500/04; siehe auch Grobys, NJW-Spezial 2006, 225.

202 Reichegger, 2005, S. 204 f.; Däubler, RdA 2003, 204, 206; Schliemann, NZA 2003, 407, 411; Budde, AuR 2005, 353, 358 ff.; Wede in Däubler/ Bertzbach, 2008, § 9 Rn. 4; Mahlmann in Rudolf/Mahlmann, 2007, § 3 Rn. 112; Groh, 2009, S. 72.

203 So auch der Erwägungsgrund 23 der RL.

204 EuGH v. 29.4.2004 – C-476/01 **Kapper**; EuGH v. 11.1.2000 – C-285/98 **Kreil**; Schmidt in Schiek, 2007, § 9 Rn. 13; Triebel, 2005, S. 135.

205 Reinhold, NZA 2001, 1054, 1060; Kehlen, 2003, S. 191 ff.; Triebel, 2005, S. 144; Brenner in Camphausen, 2003, S. 31, 59 f.; Schliemann, NZA 2003, 407, 411.

206 Joussen, NZA 2008, 675, 678.

207 Link in Krause/Veelken/Vieweg, 2004, 675, 685; Classen, 2003, S. 156; Hennig/Baer, Streit 2002, 169, 171.

208 Richardi, 2008, § 1 Rn. 38; Bleckmann, 1995, S. 48.

209 Bleckmann, 1995, S. 47 ff.; Streinz, 1997, S. 74; Link, ZevKR 42 (1997), S. 130, 141 ff.

Grenze des „ordre public“ keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen wird und vor der andere grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu weichen haben, wird die korporative Religionsfreiheit im Konflikt mit anderen Grund- oder Menschenrechtspositionen in den Prozess eines möglichst schonenden Ausgleichs im Wege praktischer Konkordanz einbezogen.²¹⁰

Die Religionsfreiheit der GRC unterliegt zudem dem Gemeinschaftsvorbehalt, nach dem sie auch Beschränkungen unterworfen werden kann, wenn dies auf Grund von „anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ der Gemeinschaft erforderlich ist und die Beschränkung in Hinblick auf den verfolgten Zweck verhältnismäßig ist (Art. 52 Abs. 1 GRC). Eine Sonderstellung eines Grundrechts, die den anderen Grundrechten vorgeht, ist im Gefüge des Europäischen Grundrechtsschutzes nicht vorgesehen. Es muss in jedem Fall eine vollständige auf den Einzelfall bezogene Abwägung vorgenommen werden.²¹¹ Je stärker in die Grundsätze der Sitten- und Glaubenslehre und in die Glaubwürdigkeit einer religiösen Organisation eingegriffen wird, desto eher muss der Grundrechtsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zurückstehen.²¹² Neben der Tätigkeit selbst kann dabei auch berücksichtigt werden, ob die Organisation eine Aufgabe überwiegend aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus übernommen hat, ob sie sich vom Geldgeber bereits hat verpflichten lassen, bei den Adressaten keine Unterscheidung nach der Religion vorzunehmen und ausdrücklich oder stillschweigend auf jegliche Tätigkeiten im Verkündungsbereich verzichtet hat.

Die Aufnahme der Kirchenerklärung in Art. 17 AEUV unterstreicht die Anerkennung der korporativen Religionsfreiheit, eine Bereichsausnahme für Religionsgemeinschaften begründet sie aber nicht. Gerade für den Bereich der Beschäftigung, der weiterhin als Kernaufgabe der EU gilt, können gemeinschaftsrechtsfreie Sektoren nicht zugelassen werden.

4.2.2.4 Verfassungsrechtliche Grenzen der europarechtskonformen Auslegung

Muss konzediert werden, dass die Regelungen des Europäischen Primär- und Sekundärrechts weitergehende Eingriffe in die Kirchenautonomie zum Schutz vor Diskriminierung ermöglichen als dies nach nationalem Recht auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG zulässig ist, kommt es darauf an, ob insoweit dem deutschen Verfassungsrecht ein Vorrang vor europäischen Rechtssetzungen einzuräumen ist.

Die Rechtsprechung des EuGH²¹³ geht von einem generellen Vorrang europäischen Rechts aus, das im Zweifel auch nationales Verfassungsrecht verdrängt. Das deutsche Verfassungsverständnis folgt zunächst dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit und einer Auslegung im Geiste der Vereinbarkeit beider Rechtskreise. Durch die Einfügung des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG in die Verfassung wurde aber klargestellt, dass dem BVerfG die Prüfung vorbehalten bleibt, ob „der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grund-

210 Hoyningen-Huene, RdA 2002, 65, 72; Robbers in Listl/Pirson, 1994, S. 322; Kehlen, 2003, S. 218; Groh, 2009, S. 91.

211 Kehlen, 2003, S. 218; diese Schrankensystematik entspricht dem angloamerikanischen Recht, siehe Supreme Court v. 15.5.1997, The Irish Reports 1997, 321 (Employment Equality Bill).

212 Rudolf/Mahlmann, § 3 Rn. 112; Schmidt in Schiek, 2007, § 9 Rn. 13; Groh, 2009, S. 84.

213 EuGH v. 5.2.1963 – Slg. 1963, S. 1 **van Gend**; v. 15.7.1964 – Slg. 1964, S. 1154 **Costa/ENEL**; v. 17.12.1970 – Slg. 1970, S. 1.125 **Internationale Handelsgesellschaft**; v. 9.3.1978 – Slg. 1978, S. 629 **Simmenthal**; v. 28.3.1980 – Slg. 1979, S. 2.729 **Schaffleisch**.

gesetzes“ nach Art. 79 Absatz 3 GG gewahrt ist.²¹⁴ Zu den wesentlichen Bereichen, die dem Kernbereich zuzurechnen sind, zählt danach auch der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis.²¹⁵ Als besonders sensibel gilt dem BVerfG auch der Umgang mit religiösen Gemeinschaften.

„Demokratische Selbstbestimmung erfordert hier, dass die jeweilige durch solche Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt.“ (Rn. 260)

Daraus folgt nicht, dass die Ausgestaltung des deutschen Staatskirchenrechts der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG unterfällt und vor jeglicher Veränderung geschützt werden könne.²¹⁶ Insbesondere können die Auswirkungen des deutschen Staatskirchenrechts auf das Arbeitsverhältnis mit kirchlichen Trägern nicht als Bestandteil des Menschenwürdegehalts des Grundrechts auf Religionsfreiheit gewertet werden.²¹⁷ Die Verfassungsidentität wird also nicht gefährdet, wenn die Religionsgemeinschaften Diskriminierungen wegen der Religion auf ihre Angemessenheit hin überprüfen lassen müssen.

4.2.2.5 Mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft

§ 8 AGG legt ausdrücklich fest, dass die Privilegierung der Religionsgemeinschaften keine Diskriminierung aus anderen Gründen rechtfertigen kann.

Werden Musliminnen und Muslime in Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt, so kann hierin eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft liegen, da von dem Ausschluss ganz überwiegend Menschen mit Migrationshintergrund betroffen sind.

Mittelbare Benachteiligungen können durch Sachgründe gerechtfertigt werden, die selbst nicht im Zusammenhang mit einem Diskriminierungsgrund stehen. Dieser Grundsatz muss jedoch für den Fall einer gesetzlichen Ausnahme vom Diskriminierungsverbot eingeschränkt werden, sonst würden die Rechtswirkungen von Ausnahmen bei allen Formen von mehrdimensionaler Diskriminierung vollständig aufgehoben werden. Als Sachgrund ist daher das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft anzuerkennen. Die Maßnahme muss auch erforderlich und angemessen sein. Hier findet sich dieselbe Verhältnismäßigkeitsprüfung wie bei der unmittelbaren Diskriminierung wegen der Religion mit übereinstimmenden Kriterien. Ist die Benachteiligung wegen der Tätigkeit unter Berücksichtigung des Ethos der Organisation „wesentlich und entscheidend“, so rechtfertigt dies auch eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft.

214 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08; BVerfG v. 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04; so bereits BVerfG v. 22.10.1986, BVerfGE 73, S. 339, 386 „Solange II“ und BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, S. 155, 174 f. „Maastricht“.

215 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08.

216 Streinz, 1997, S. 53, 80.

217 Kehlen, 2003, S. 225; Triebel, 2005, S. 270 f.; a. A. Thüsing, 2006, S. 219 f.; Müller-Volbehr, 1999, S. 41 ff.

4.2.3 Ausblick und Stellungnahme

Der EuGH hatte bislang noch keine Gelegenheit, die Übereinstimmung des § 9 AGG mit dem EU-Recht zu prüfen. Auch in der Rechtsprechung des BAG bleibt die Frage weiter offen. Die jüngste Entscheidung²¹⁸ zu dem viel diskutierten „Diakoniefall“ hat zu § 9 AGG keine Stellung bezogen.

Die Vorgeschichte sei hier kurz referiert: Das ArbG Hamburg hatte in seiner Entscheidung vom 4.12.2007²¹⁹ einer muslimischen Bewerberin auf eine Stelle bei der Diakonie eine Entschädigung zugesprochen, weil sie wegen ihrer Religionszugehörigkeit vom Bewerbungsverfahren ausgeschlossen wurde. Bemerkenswert und gewissermaßen idealtypisch für die vorliegende Fragestellung sind die Anforderungen der konkreten Stelle. Gesucht wurde eine „Integrationslotsin“ mit dem Aufgabenbereich der Unterstützung von Migrantinnen und Migranten bei der beruflichen Integration. Die finanziellen Mittel stammten aus einem EU-Programm und der Geldgeber hatte dringend empfohlen, keine Einschränkungen hinsichtlich des Bewerberkreises vorzunehmen. Die Art der Tätigkeit weist keinen Bezug zum Verkündigungsauftrag der Kirche auf. Es handelt sich um eine Sozialleistung, die Personen völlig unabhängig von ihrer Religion angeboten wird, darunter voraussichtlich überdurchschnittlich vielen Musliminnen und Muslimen. Eine religiöse Einflussnahme auf die Teilnehmerinnen und Teilnehmer ist in diesem Kontext nicht zulässig. Die Finanzierung der Stelle erfolgt zudem über einen öffentlichen Geldgeber, der mit seiner Empfehlung offensichtlich erreichen wollte, dass auch Menschen mit eigenem Zuwanderungshintergrund an der Stellenvergabe beteiligt werden. Die Religionsgemeinschaft hat auf die Auslobung öffentlicher Gelder eine Dienstleistung angeboten, die in keinem Zusammenhang mit ihrem Verkündigungsauftrag steht, und damit freiwillig ein Stück dieses Anspruchs zurückgenommen. Die Forderung nach der Zugehörigkeit zur eigenen Religion erscheint nicht nur kein wesentliches Tätigkeitsmerkmal, sondern auch unverhältnismäßig. Den Grundrechten der Bewerberin auf Religionsfreiheit, auf den Schutz ihres Privatlebens und ihrer Berufsfreiheit ist angesichts des freiwilligen Verzichts der Religionsgemeinschaft auf den Verkündigungsauftrag in diesem Bereich Vorrang einzuräumen.

Das LAG²²⁰ hat sich mit dieser Argumentation nicht auseinandergesetzt, weil die Bewerberin das Anforderungsprofil „nicht ansatzweise“ erfülle. Die Feststellung mag inhaltlich zweifelhaft sein, problematisch bleibt aber vor allem, dass das LAG sich darüber hinweggesetzt hat, dass die Bewerberin unzweifelhaft nicht wegen fehlender Eignung, sondern wegen fehlender Kirchenmitgliedschaft aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen wurde.²²¹ Das BAG²²² hat sich dieser Entscheidung nun angeschlossen und damit die Frage offengelassen, ob die Benachteiligung der Bewerberin wegen ihrer Religionszugehörigkeit nach § 9 AGG zulässig gewesen wäre.

In einem weiteren von den Arbeitsgerichten zu entscheidenden Fall ging es um eine Krankenschwester muslimischen Glaubens, die von einem kirchlichen Träger in Kenntnis ihres Glaubensbekenntnisses eingestellt worden war. Als sie nach einigen Jahren ein Kopftuch anlegte und auch darauf bestand, zumindest ein „unislamisches“ hinten gebundenes Tuch

218 BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09.

219 20 Ca 105/07.

220 LAG Hamburg v. 29.10.2008 – 3 Sa 15/08.

221 Siehe im Einzelnen: Kocher, AuR 2009, 78 ff.

222 Urteil v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09.

passend zum Pflegekittel zu tragen, wurde ihr Arbeitsverhältnis gekündigt. Das ArbG Köln²²³ sah in dem Kopftuch keine Verletzung der Loyalitätspflichten und betont vor allem die Grundrechtsverbürgung im Arbeitsverhältnis. Eine Berufung auf § 9 AGG schließt das Arbeitsgericht aus, weil der Krankenhausträger bei Einstellung die Zugehörigkeit zur Religion nicht zur Voraussetzung gemacht hatte und sich so für eine Form des religiösen Pluralismus entschieden habe.

Zu Konflikten wird es auch weiterhin vor allem im Bereich der Sozialen Dienste kommen, weil mehr als zwei Drittel dieses Sektors von den kirchlichen Wohlfahrtsverbänden übernommen werden.²²⁴ Insgesamt beschäftigen die kirchlichen Träger weit über eine Million Menschen. Sie haben sich zunehmend zu marktförmigen Sozialagenturen entwickelt, die zum größten Teil aus staatlichen Geldern finanziert werden und Aufgaben im Bereich staatlicher Gewährleistungspflichten übernehmen.²²⁵ Die Besonderheiten der Ausgestaltung des deutschen Sozialstaates, der den freigemeinnützigen Trägern einen begrenzten Vorrang (Subsidiaritätsprinzip²²⁶) vor den öffentlichen Trägern einräumt (§ 4 Abs. 2 SGB VIII, § 5 Abs. 4 SGB XII), bringen es mit sich, dass die staatlichen Aufgaben des Sozialwesens mehrheitlich von freigemeinnützigen Trägern erbracht werden. Die Wohlfahrtsverbände definieren ihre Aufgabenstellungen eigenständig und behalten ihr Recht auf Selbstbestimmung auch bei Finanzierung der Leistungen durch öffentliche Träger.²²⁷ Zugleich sind sie damit aber auch in das staatliche Leistungssystem integriert und wirken an der Gewährleistung eines allen Bürgerinnen und Bürgern zugänglichen Sozialwesens mit. Den öffentlichen Trägern ist die Zurückhaltung bei der Leistungserbringung nur möglich, wenn die kirchlichen Wohlfahrtsverbände ihre Leistungsangebote allen Berechtigten ohne Ansehen der Konfession zur Verfügung stellen. Die öffentliche Finanzierung setzt daher voraus, dass die Leistung gegenüber jedem/-r Berechtigten erbracht wird. In einer multireligiösen Gesellschaft ist damit auch der Verzicht auf den Verkündigungsauftrag verbunden. Die Berechtigten können erwarten, dass ihre Sozialleistungsansprüche ohne religiöse Beeinflussung erbracht werden.

Es erscheint fraglich, ob sich die weitverzweigten Dienste, die sich schon lange an Menschen aller Konfessionen richten, noch als „Verwirklichung eines Stückes Auftrag der Kirche“²²⁸ im Geist, im Einklang und in Verbindung mit der Amtskirche beschreiben lassen. Die Tätigkeitsfelder der christlichen Wohlfahrtsverbände reichen von der Alten-, Kranken- und Behindertenarbeit über die Jugendarbeit und Arbeitsmarktintegration bis hin zu den Migrationsdiensten. Für all diese Bereiche wird seit Langem eine interkulturelle Öffnung gefordert, die der Vielfalt der Lebenskonzeptionen einschließlich der verschiedenen religiösen Ausrichtungen gerecht wird.

Durch die Monopolstellung der christlichen Wohlfahrtspflege wird in manchen Bereichen der Berufszugang für Nichtchristen in Frage gestellt.²²⁹ Einerseits ist die Zahl der Musliminnen und Muslime mit Berufsabschlüssen für den sozialen Sektor in den letzten Jahren gestiegen, andererseits ist durch die Anforderung an die interkulturelle Öffnung der Sozialen

223 ArbG Köln v. 6.3.2008 – 19 Ca 7222/07.

224 Richardi in Muckel, 2003, S. 727, 736.

225 Isensee in Listl/Pierson, 1995, S. 665, 699; Richardi in Muckel, 2003, S. 727, 736.

226 Grundlegend siehe: BVerfG v. 18.7.1967 – 2 BvF 3/62.

227 BVerfG v. 17.10.2007 – 2 BvR 1095/05.

228 BVerfG v. 11.10.1977 – 2 BvR 209/76.

229 Czermak, ZRP 1990, 475 ff.; Hoevels, 2003, S. 159.

Dienste der Bedarf an Fachkräften mit interkulturellen Erfahrungen und Kompetenzen ebenfalls gewachsen. Die Frage des Berufszugangs erhält damit neben der grundrechtlichen Dimension für die Beschäftigten auch eine gesamtgesellschaftliche Dimension für das Zusammenleben in einer Vielfalt der Kulturen.

Auch aus den Kirchen heraus werden erste Zweifel an der Abschottung der Sozialen Dienste gegenüber Menschen anderer Religionszugehörigkeit laut. Mit Hinweis auf die „eklatante“ Benachteiligung der muslimischen Fachkräfte und die professionelle Notwendigkeit interkulturell und interreligiös zusammengesetzter Teams fordert der interkulturelle Beauftragte der Evangelischen Kirche und des Diakonischen Werks Hessen-Nassaus, Pfarrer Andreas Lipsch, eine Öffnung der Kirchen für Nichtchristen.²³⁰

Schon auf Grund ihrer gesellschaftlichen Bedeutung und Verantwortung für ein Zusammenleben in Vielfalt können christliche Organisationen nicht vollständig aus dem Anwendungsbereich der Antidiskriminierungsrichtlinien ausgenommen werden.²³¹

4.3 Diskriminierung bei Einstellung im öffentlichen Dienst

Grundsätzlich dürfen Musliminnen und Muslime bei Einstellung in den öffentlichen Dienst nicht unmittelbar wegen ihres Glaubensbekenntnisses zum Islam benachteiligt werden; eine solche Ungleichbehandlung untersagt Art. 33 Abs. 3 GG ausdrücklich. Neben mittelbaren Benachteiligungen im Zusammenhang mit der fehlenden deutschen Staatsangehörigkeit (der Frage wird in dieser Untersuchung nicht nachgegangen, da das Kernproblem in der mittelbaren Benachteiligung wegen der Herkunft liegt) geht es um Benachteiligungen wegen der Religionsausübung durch Bekleidungen mit religiösem Symbolgehalt.

4.3.1 Diskriminierungsverbot nach Art. 33 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 GG

Art. 33 Abs. 3 normiert ein Verbot der Ungleichbehandlung aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen beim Zugang zum öffentlichen Dienst. Als Verfassungsrecht genießt es Vorrang vor den Regeln des AGG, bleibt jedoch rückgebunden an das europäische Primär- und Sekundärrecht, weil für den Bereich des Diskriminierungsschutzes eine Kompetenzübertragung erfolgt ist (Art. 19 AEUV).

4.3.1.1 Geltungsbereich

Erfasst werden alle Anstellungen bei öffentlichen Trägern auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene.²³² Der Anspruch auf Chancengleichheit im Einstellungsverfahren wird an die deutsche Staatsangehörigkeit gebunden (Art. 33 Abs. 2 GG). Das Diskriminierungsverbot des Abs. 3 wirkt hingegen ohne Ansehen der Staatsangehörigkeit gegenüber jeder Person („Niemandem“), auf die das GG anzuwenden ist²³³, die sich also auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland aufhält.

²³⁰ Lipsch, 2009, S. 8.

²³¹ Kehlen, 2003, S. 228 f.

²³² Kunig in Münch/Kunig, 2001, Art. 33 Rn. 20; Battis in Sachs, 2009, Art. 33 Rn. 24; Jachmann in Mangoldt/Klein/Starck, 2005, Art. 33 Rn. 15.

²³³ Jachmann in Mangoldt/Klein/Starck, 2005, Art. 33 Rn. 25; Battis in Sachs, 2009, Art. 33 Rn. 43.

Soweit es um die Übernahme von Musliminnen und Muslimen ins Beamtenverhältnis geht, wird die deutsche Staatsangehörigkeit oder die eines EU-Staates vorausgesetzt, nicht aber bei Einstellungen im Angestelltenverhältnis. Deutschen Staatsangehörigen wird nach Art. 33 Abs. 2 GG eine Bewertung ausschließlich nach den Kriterien Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung garantiert.

Erfolgt die Einstellung im Angestelltenverhältnis, so haben auch nichtdeutsche Bewerberinnen und Bewerber einen Anspruch auf gleiche Berücksichtigung im Bewerbungsverfahren, der sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ergibt. Für beide Verfahren gleichermaßen gilt das spezielle Unterscheidungsverbot wegen des religiösen Bekenntnisses aus Art. 33 Abs. 3 GG. Als speziellere Norm für den öffentlichen Dienst ist sie vorrangig vor dem allgemeinen Diskriminierungsverbot wegen der Religion aus Art. 3 Abs. 3 GG heranzuziehen.²³⁴ Eine substantielle Erweiterung des allgemeinen Diskriminierungsverbots erfolgt dadurch nicht. Der Schutz der Religions- und Weltanschauungsfreiheit im öffentlichen Dienst wird lediglich – auch auf dem Hintergrund der Gesetzgebung des Nationalsozialismus zur Ausgrenzung der Juden aus dem öffentlichen Dienst – besonders betont.²³⁵ Die Reichweite des Diskriminierungsverbots kann aber nicht weiter gehen als die Religionsfreiheit selbst und unterliegt ebenso wie Art. 4 Abs. 1 GG verfassungsimmanente Schranken durch entgegenstehende gleichrangige Verfassungsgüter.²³⁶

4.3.1.2 Religionsfreiheit im öffentlichen Dienst und staatliche Neutralität

Die Einstellung im öffentlichen Dienst ist abhängig von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG). Der Begriff der Eignung als eigenständiges Merkmal umfasst persönliche und charakterliche Eigenschaften. Auch die Religionszugehörigkeit kann je nach den Funktionserfordernissen des Amtes ein Auswahlkriterium darstellen.²³⁷ Hierbei stehen die Eignungsanforderungen nach Art. 33 Abs. 2 GG und das Benachteiligungsverbot nach Art. 33 Abs. 3 GG in einem wechselseitigen Spannungsverhältnis. Die zulässigen Anforderungen an die Eignung werden einerseits begrenzt durch das Benachteiligungsverbot, dieses wird jedoch seinerseits begrenzt durch entgegenstehende Verfassungswerte.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist jeder Beamte verpflichtet, gewisse Grenzen seiner Grundrechte, die durch die Erfordernisse des Dienstes gesetzt sind, hinzunehmen.²³⁸ Für das Beamtenverhältnis wird dies aus der Treuepflicht als Bestandteil der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitet.²³⁹

Unschwer lassen sich diese Grenzziehungen auf jedes Angestelltenverhältnis übertragen; im Rahmen der arbeitsrechtlichen Nebenpflichten können die Angestellten auf die Rücksichtnahme gegenüber den Interessen der Dienstgeber verpflichtet werden (§ 241 BGB).

Auch das Gebot der staatlichen Neutralität kann einen Wert im Verfassungsrang darstellen²⁴⁰, welches gegen das Recht auf freie Religionsausübung abzuwägen ist.

234 BVerfG v. 17.10.1957 – 1 BvL 1/57; BVerfG v. 14.12.1965 – 1 BvR 586/58; Battis in Sachs, 2009, Art. 33, Rn. 42; Jachmann in Mangoldt/Klein/Starck, 2005, Art. 33 Rn. 24.

235 Kunig in Münch/Kunig, 2001, Art. 33 Rn. 35; Jachmann in Mangoldt/Klein/Starck, 2005, Art. 33 Rn. 24.

236 Hufen, NVwZ 2004, 575, 577.

237 Höfling in BonnKomm., 2007, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rdnr. 407 f.; Badura in Maunz/Dürig, 2010, Art. 33 Rn. 40.

238 BVerfG v. 27.4.1957 – 2 BvF 2/58; BVerfG v. 20.12.1993 – 2 BvR 1327/87.

239 Jachmann in Mangoldt/Klein/Starck, 2005, Art. 33 Rn. 46.

240 Siehe auch: Masing in Dreier, 2006, Art. 33 Rn. 46.

Das Gebot der staatlichen religiösen Neutralität ergibt sich aus der Religionsfreiheit aller Bürger nach Art. 4 Abs. 1 GG und dem Schutz der Religionsgemeinschaften nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV, die dem Staat eine Positionierung zugunsten bestimmter Religionen untersagt.

Zu unterscheiden sind zwei Möglichkeiten der Gestaltung von Neutralität.

Das eine Modell bildet der Laizismus, welcher die Sphäre des Staates streng von der privaten Sphäre der Religion trennt. In diesem Modell werden der Verwaltungsbereich und alle öffentlichen Institutionen von religiösen Bekundungen freigehalten.

Das gegenläufige Modell wird als ausgleichendes Modell bezeichnet, nach welchem der Staat in seiner Sphäre Raum bietet für religiöse Äußerungen, ohne einer Religion den Vorzug zu geben oder Privilegien einzuräumen.²⁴¹

Das Grundgesetz hat sich mit Art. 140 i. V. m. Art. 136 ff. der WRV entschieden, die staatliche Neutralität als eine „offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen“²⁴², die Raum gibt für die aktive Betätigung verschiedener Glaubensüberzeugungen.

Die Bekenntnisneutralität öffentlicher Institutionen muss daher nicht durch eine Verban- nung religiöser Symbole und Handlungen gekennzeichnet sein, sie kann sich gerade auch im Pluralismus religiöser und weltanschaulicher Auffassungen und ihrer Bekundung in gegenseitigem Respekt verwirklichen.²⁴³

Die Auffassung, nach der sich Staatsbedienstete durch den Eintritt in den öffentlichen Dienst besonderen Loyalitätsanforderungen unterwerfen und damit auch partiell auf die den Bürgern allgemein zustehenden Freiheitsrechte, insbesondere das Recht auf freie Religionsausübungen verzichten²⁴⁴, wird von **Sacksofsky** der überholten Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis“ zugeordnet, die mit dem heutigen Grundrechtsverständnis nicht mehr vereinbar sei.²⁴⁵

4.3.1.3 Schutz gegenläufiger Verfassungsrechte

Die Diskussion um die Religionsfreiheit im öffentlichen Dienst und ihre Einschränkungen in Hinblick auf entgegenstehende Rechtsgüter hat sich in der letzten Dekade vorrangig am Verbot des islamischen Kopftuchs im Bereich der Schulen entwickelt. Die Auseinandersetzung soll daher zunächst an diesem Beispiel nachgezeichnet werden, um anschließend die Übertragung auf andere Bereiche des öffentlichen Dienstes zu prüfen.

4.3.1.3.1 Kopftuch in der Schule

Die Ablehnung einer Einstellung im öffentlichen Dienst wegen einer religiösen Kopfbedeckung ist an den Grundsätzen der Entscheidung des BVerfG v. 24.9.2003²⁴⁶ zu messen. Die

241 Sacksofsky in Schiek/Chege, 2009, S. 353, 398.

242 BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 43.

243 Böckenförde, NJW 2001, 723, 725.

244 Minderheitenvotum zum BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282, 315 f.

245 Sacksofsky in Schiek/Chege, 2009, S. 253, 255.

246 2 BvR 1436/02.

Entscheidung betraf die Einstellung einer Lehrerin an einer öffentlichen Schule und orientiert sich speziell an der Situation von Regelschulen im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht.

Besondere Bedeutung weist das Verfassungsgericht der staatlichen Verantwortung für das Erziehungs- und Bildungswesen aus Art. 7 Abs. 1 GG, der negativen Religionsfreiheit der Kinder aus Art. 4 Abs. 1 GG und dem Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG zu, die dem ebenfalls stark ausgeprägten Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG und dem Diskriminierungsverbot aus Art. 33 Abs. 3 GG gegenüberzustellen sind.

Die Abwägung des Verfassungsgerichts zwischen den verschiedenen Positionen führte nicht etwa, wie in der Literatur verkürzt kolportiert wird, zu der Feststellung, ein Ausgleich der widerstreitenden Rechtspositionen ließe sich nur durch die Einschränkung der Religionsfreiheit herstellen.²⁴⁷

Zunächst ist das Gericht gründlich der Frage nachgegangen, welcher Symbol- und Aussagegehalt dem Kopftuch aus der Sicht neutraler Beobachter zukomme. Es kommt dabei zu zwei wesentlichen Feststellungen, die in der nachfolgenden Diskussion oft untergegangen sind: Zum einen handelt es sich um ein **religiöses Symbol**. Andere Symbolinhalte über politische Positionen gegenüber dem Rechtsstaat oder der Stellung der Frau in der Gesellschaft lassen sich nicht nachweisen.²⁴⁸ Zum anderen wird die kopftuchtragende Lehrerin von den Bürgern, seien es Kinder oder Eltern, nicht mit dem Staat identifiziert. Die religiösen Ansichten der Lehrerin werden, anders als ein religiöses Symbol an der Wand eines Schulraums, nicht dem öffentlichen Schulträger zugeschrieben.²⁴⁹

Ausgehend von diesen Feststellungen verzichtet das BVerfG auf eine eigene Abwägung im Rahmen der praktischen Konkordanz der Verfassungswerte, sondern gibt die Verantwortung zurück an die Ebene der politischen Entscheidung. Ausgangspunkt bleibt für das BVerfG dabei das Konzept der offenen Neutralität, in der der Staat eine fördernde Haltung allen Bekenntnissen gegenüber einnimmt.²⁵⁰ Mit der Verfassung vereinbar seien dennoch zwei unterschiedliche Konzepte:

- I Die Regulierung des Schulwesens könne davon ausgehen, dass die zunehmende Heterogenität moderner Gesellschaften eine striktere Einhaltung des Neutralitätsgebotes im Erziehungswesen verlange, als dies in der Vergangenheit erforderlich gewesen sei und „das zulässige Maß religiöser Bezüge in der Schule“²⁵¹ neu bestimme.
- I Ebenso zulässig sei ein Konzept, welches die religiöse Neutralität im Sinne der wertfreien Öffnung für alle Religionen betrachte, um dem sozialen und kulturellen Pluralismus Einlass in die Schulen zu gewähren und den Kindern die Möglichkeit zu bieten, den Umgang mit religiöser Diversität von Anfang an einzuüben.

247 So aber Hofmann, NVwZ 2009, 74, 75.

248 BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 52.

249 „Der Staat, der eine mit dem Tragen eines Kopftuchs verbundene religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin hinnimmt, macht diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen.“ BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 54.

250 Traulsen, RdJB 2006, 116, 121.

251 BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 62.

Letztlich stellt das Verfassungsgericht die Länder vor die Wahl, das Verhältnis zwischen Staat und Kirche ein Stück weiter in Richtung auf eine laizistische Konzeption zu verschieben oder unverändert am kooperativen Modell festzuhalten.

In der Folge entschieden sich acht Bundesländer²⁵² für gesetzliche Verbote hinsichtlich religiöser Symbole in öffentlichen Schulen. Gerichtet sind die Verbote, die unzweifelhaft das Kopftuch erfassen sollen, gegen Bekundungen, die geeignet sind, die Neutralität des Landes oder den religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder die gegen bestimmte Verfassungswerte verstoßen.

Während in vier Bundesländern Verbote erlassen wurden, die sich auf alle religiösen Bekundungen beziehen²⁵³, wird in vier Landesgesetzen eine Formulierung gewählt, die für christliche (und eventuell auch jüdische) Bekenntnisse die bisherige Situation weitgehend beibehalten will.²⁵⁴ Dies geschieht, indem nicht das Symbol als solches verbannt wird, sondern nur solche, „die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden in der Schule zu gefährden“. Die spezifische Öffnungsklausel ergibt sich aus Ergänzungen, die sich auf die christlich-abendländischen Werte und Traditionen beziehen.²⁵⁵

Der Staatsgerichtshof des Landes Hessen erachtete die Neutralitätsklausel für vereinbar mit der Hessischen Verfassung, ohne auf die Frage einzugehen, ob islamische Symbole wie das Kopftuch untersagt werden dürfen. Es betont lediglich die Bedeutung der staatlichen Neutralität und überlässt es der Einzelfallprüfung, ob ein Symbol objektiv geeignet ist, die Neutralität des Amtes zu beeinträchtigen.²⁵⁶ Obwohl das Gericht klar benennt, dass eine Privilegierung des Christentums verfassungswidrig sei, hält es dennoch die Berücksichtigung der christlich-abendländischen Tradition für zulässig, weil nicht auf eine Religion,

252 Baden-Württemberg, Änderungsgesetz v. 1.4.2004, GBl. Bad.-Württ. S. 178 Nr. 6; Niedersachsen, Gesetz zur Änderung des NdsSchG und NdsBesG v. 29.4.2004, Nds GVBl. Nr. 12/2004, S. 140, SVBl. 7/2004, S. 302; Saarland, Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ordnung des Schulwesens v. 23.6.2004, Saarl. Amtsbl., S. 1510; Hessen, Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität v. 18.10.2004, Hess. GVBl. I, S. 306; Bayern, Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen v. 23.11.2004, Bayr. GVBl., S. 443; Berlin, Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Art. 29 der Verfassung von Berlin und zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes v. 27.1.2005, GVBl., S. 92, Nr. 4; Nordrhein-Westfalen, Erstes Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen v. 31.5.2006, GV. NRW. S. 270; Bremen, Bremisches Schul- und Schulverwaltungsgesetz v. 28.6.2005, Brem. GBl., S. 245.

253 Niedersachsen, Saarland, Bremen und Berlin.

254 Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und NRW.

255 § 38 Abs. 2 SchG Ba-Wü: „... Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Art. 12 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht den Verhaltensgeboten nach Satz 1...“; Art. 59 Abs. 2 BayEUG: „... Äußere Symbole und Kleidungsstücke, die eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausdrücken, dürfen von Lehrkräften im Unterricht nicht getragen werden, sofern die Symbole oder Kleidungsstücke bei den Schülerinnen und Schülern oder den Eltern auch als Ausdruck einer Haltung verstanden werden können, die mit den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Bildungszielen der Verfassung einschließlich den christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerten nicht vereinbar ist...“; § 86 Abs. 3 Hessisches Schulgesetz: „Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen ... ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen.“; § 57 Abs. 4 SchG NRW: „... Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Artikel 7 und 12 Abs. 6 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen und die entsprechende Darstellung christlich und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1...“.

256 Staatsgerichtshof Hessen v. 10.12.2007 – P.St. 2016.

sondern ein Wertesystem abgestellt werde. Eine entsprechende Differenzierung zwischen Religion und Werteprägung findet sich auch in den Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs²⁵⁷ und des Bundesverwaltungsgerichts.²⁵⁸

Die Privilegierung „christlich-abendländischer“ Bekenntnisse wird von den ganz überwiegenden Stimmen in der Literatur für verfassungswidrig erachtet.²⁵⁹

Allerdings hat das BVerwG in der Entscheidung v. 16.12.2008²⁶⁰ in verfassungskonformer Auslegung – und gegen den ausdrücklichen Willen des Landesgesetzgebers²⁶¹ – klargestellt, dass die Bezugnahme auf die christlich-abendländische Tradition keine christlichen Symbole rechtfertigen könne, durch die eine eigene religiöse Haltung bekundet wird, sondern lediglich Verhaltensweisen, die Werte der christlich-abendländischen Tradition darstellen und erörtern.²⁶²

Diesen Ansatz greift das Bundesarbeitsgericht in den Entscheidungen vom 20.8.2009²⁶³ und vom 10.12.2009²⁶⁴ auf, um die Verfassungsübereinstimmung des vergleichbar formulierten SchulG NW feststellen zu können.

Entgegen den Vorstellungen der Landesgesetzgeber müssen alle landesrechtlichen Neutralitätsklauseln verfassungskonform so ausgelegt werden, dass Symbole eines religiösen Bekenntnisses gleichermaßen im Schuldienst untersagt sind.

Baden-Württemberg fügt dem Bekundungsverbot **insbesondere** die Unzulässigkeit eines Verhaltens hinzu, „welches bei Schülern und Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte und die freiheitlich demokratische Grundordnung auftritt.“ Nach der Gesetzesbegründung zielt diese Passage auf das Kopftuch, welches an sich schon den Eindruck einer staatsfeindlichen Haltung hervorrufen solle.²⁶⁵ Eine vergleichbare Formulierung verwendet auch das SchulG NW (siehe oben).

Das BVerwG greift diese Sichtweise auf, lässt die Frage des objektiven Gehalts des Kopftuchs offen, unterstellt allerdings eine Wahrnehmung als politisches Symbol durch Eltern und Schülerinnen und Schüler und stellt auf diese Deutung als objektiven Empfängerhorizont ab.²⁶⁶ Ohne diese Annahme sozialwissenschaftlich zu belegen, weicht das BVerwG von der auf zahlreiche Studien gestützten Auffassung des BVerfG ab, welches ausführte:

„... die Forschungsergebnisse zeigen jedoch, dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt

257 Bay. VGH v. 15.1.2007 – Vf. 11-VII-05.

258 BVerwG v. 24.6.2004 – 2 C 45/03.

259 Sacksofsky, NJW 2003, 3297, 3300; Schwerdtner, VBIBW 2004, 137, 139; Czermak, NVwZ 2004, 943, 945; Battis/Bultmann, JZ 2004, 581, 587; Laskowski, KJ 2003, 420, 435; Baer/Wrase, DÖV 2005, 243, 249.

260 BVerwG v. 16.12.2008 – 2 B 46/08.

261 LT-Drs. Bad.-Württ. 13/3071.

262 Baer/Wrase kritisieren die Entscheidung als methodisch zweifelhaft und politisch nicht ungefährlich, weil ohne eine gesetzlich eindeutige Regelung das Gleichbehandlungsgebot immer wieder unterlaufen werden könne, DÖV 2005, 243, 250.

263 BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08.

264 BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 55/09.

265 LT-Drs. Bad.-Württ. 13/1293, S. 7.

266 BVerwG v. 24.6.2004 – 2 C 45/03.

werden darf. Vielmehr kann das Kopftuch für junge muslimische Frauen auch ein frei gewähltes Mittel sein, um ohne Bruch mit der Herkunftskultur ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Auf diesem Hintergrund ist nicht belegt, dass die Beschwerdeführerin allein dadurch, dass sie ein Kopftuch trägt, etwa muslimischen Schülerinnen die Entwicklung eines den Wertvorstellungen des Grundgesetzes entsprechenden Frauenbildes oder dessen Umsetzung im eigenen Leben erschweren würde.“²⁶⁷

In der Rechtsliteratur finden sich ebenfalls entschiedene Verfechter eines Kopftuchverbots an Schulen.

Gerade jüngere Kinder seien stark beeinflussbar und geneigt, die Ideale der Lehrerinnen zu übernehmen – sie dürften einer derartigen religiösen Konfliktlage nicht ausgesetzt werden.²⁶⁸ Auch sei in der Schule die negative Religionsfreiheit der Kinder und Jugendlichen gerade angesichts der Intensität der Prägekraft religiöser Symbole vorrangig zu beachten.

Die Betonung des Kopftuchs als politisches Symbol findet sich auch in zahlreichen Stellungnahmen in der Literatur.²⁶⁹ Nach **Hufen** geht es nicht um religiöse Neutralität, sondern „daraus, die Schule von verfassungswidrigen Bezügen – ob religiös oder politisch – freizuhalten.“²⁷⁰ Im Gegensatz zu den empirisch begründeten Feststellungen des BVerfG wird dem Kopftuch ein anti-emanzipatorischer und politisch rechtsstaatsfeindlicher Gehalt zugewiesen.²⁷¹

Andererseits wird auch angesichts einer strikten Verpflichtung zur Toleranz in der Schule ein generelles Verbot abgelehnt, da das Kopftuch für sich genommen, noch nicht gegen eine tolerante Haltung und offene Einstellung spricht.²⁷² Insbesondere können aus ihm nicht pauschal verfassungswidrige Ziele seiner Trägerinnen abgeleitet werden.²⁷³

Vor allem **Böckenförde**²⁷⁴, **Sacksofsky**²⁷⁵ und **Mahrenholz**²⁷⁶ haben von Anfang an auf die friedensstiftende Funktion des kooperativen Verhältnisses zwischen Staat und Religionsausübung hingewiesen.

Mahlmann erinnert daran, dass die Religion als die tiefste Überzeugung des Menschen von der Welt und dem Sinn des menschlichen Daseins ein besonders wertvolles, aber auch empfindliches Rechtsgut bildet, welches es unabhängig vom eigenen Glauben als Inbegriff der Freiheit zu verteidigen gilt.²⁷⁷ Der Laizismus mag in Gesellschaften mit ausgeprägten religiösen Spannungen für den Friedenserhalt notwendig sein, in dieser Situation befindet sich Deutschland jedoch derzeit nicht.²⁷⁸

267 BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 52.

268 Halfmann, NVwZ 2000, S. 862, 866; Marré in Muckel, 2003, S. 553, 566 f.

269 Öztürk, DÖV 2007, 993 ff.; Bertrams, DVBL 2003, 1225, 1229; Röper, VBIBW 2005, 81 ff.

270 Hufen, NVwZ 2004, 575 ff.

271 So auch: Minderheitenvotum zum BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282, 315 f.

272 Loenen, 2008, S. 313, 324 unter Bezugnahme auf eine Entscheidung der holländischen Gleichbehandlungskommission, http://www.cgb.nl/webfm_send/436 (aufgerufen am 17.7.2010).

273 Bader, NVwZ 2006, 1333, 1336; Baer/Wrase, DÖV 2005, 243, 248.

274 Böckenförde, NJW 2001, 723 ff.

275 Sacksofsky, NJW 2003, 3297, 3300; dies. in Schiek/Chege, 2009, S. 353, 360.

276 Mahrenholz in FS f. Badura, 2004, S. 749 ff.; Mahrenholz/Jestaedt/Böckenförde: Stellungnahmen vor dem Ausschuss für Schule, Jugend und Sport und dem Ständigen Ausschuss des Landtags von Baden-Württemberg am 12. März 2004 zu LT-Drucksachen 13/2793 und 13/2837 zu § 38 SchulG BW.

277 Mahlmann, German Law Journal 2003, 1099, 1115; vergleichbar bereits EGMR, Series A Nr. 260-A, Rn. 31 **Kokkinakis**.

278 Mahlmann, German Law Journal 2003, 1099, 1114.

Auch **Sacksofsky** vermag keine politische Tendenz zu erkennen, die einen Wandel des Verhältnisses zwischen Staat und Religionsgemeinschaften herbeiführen wolle. Daher deute einiges darauf hin, dass von der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen nicht auf religiöse Kleidung im Allgemeinen zielen, sondern auf die Rolle des Islams im Speziellen.²⁷⁹

Als besonders problematisch wird der Versuch gesehen, einerseits das Verhältnis Staat und Religionsgemeinschaft weiter dem Grundsatz der Kooperation zu unterstellen, andererseits aber über den Begriff der abstrakten Gefahr das Grundrecht auf Religionsausübung zurückzudrängen, noch bevor es zu einer tatsächlichen Kollision mit entgegenstehenden Rechten gekommen ist. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt dadurch eine Abwägung, die der abstrakten Gefahr der Beschränkung der Religionsfreiheit (von Kindern und Eltern) Vorrang einräumt vor der konkreten Gefahr der Beschränkung der Religionsfreiheit (Lehrerin).²⁸⁰

Festzuhalten bleibt, dass weder subjektiv noch objektiv eine politische Bekundung allein durch das Kopftuch festgestellt werden kann, die sich in Widerspruch zu den Grundwerten der deutschen Verfassung oder des Menschenrechtsstandards der europäischen und internationalen Konventionen setzt. Das Kopftuchverbot an Schulen lässt sich daher ausschließlich aus einem veränderten Konzept staatlicher Neutralität für den Bereich des Schulwesens begründen und erfordert einen entsprechenden politischen Willen, der alle religiösen Bekenntnisse gleichermaßen aus der Schule verweist.

Unzulässig ist die Anwendung des Kopftuchverbots auf den Bereich des Referendariats, weil für die Ausbildung ein staatliches Monopol besteht. Musliminnen, die sich verpflichtet sehen, ein Kopftuch zu tragen, würde damit der Zugang zum Beruf versperrt. Dem Schutz des Zugangs zum Beruf nach Art. 12 Abs. 1 GG kommt ein solches Gewicht bei, dass die rein abstrakte Gefährdung des Schulfriedens dieses Recht nicht verdrängen kann. Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind die Landesgesetze zum Verbot religiöser Symbole in diesem Sinne verfassungskonform zu beschränken.²⁸¹

4.3.1.3.2 Übertragbarkeit auf andere Bereiche des öffentlichen Dienstes

Als besonders problematisch erweist sich die Übertragung des Verbots der religiösen Symbole auf den gesamten Bereich des öffentlichen Dienstes, wie dies in Hessen erfolgte. In Berlin wird der Bereich der Justiz und Polizei in das Verbot einbezogen²⁸² und in Baden-Württemberg die Kindertagesstätten²⁸³.

Nach der Argumentation des BVerfG²⁸⁴ lässt sich die strikt abweisende Neutralität der öffentlichen Institution nur aus dem Zusammentreffen heterogener Auffassungen ableiten, die zu friedensgefährdenden Konflikten führen können. Eine vergleichbare Gefahr kann nicht für alle Bereiche des öffentlichen Dienstes angenommen werden.²⁸⁵

279 Sacksofsky in Schiek/Chege, 2009, S. 353, 360.

280 Walter/Ungern-Sternberg, DÖV 2008, 488, 491 f.; Wiese, ZBR 2007, 294, 297 f.

281 BVerwG v. 26.6.2008 – 2 C 22/07; anders in der Vorinstanz OVG Bremen v. 21.2.2007 – 2 A 279/06 und OVG Bremen v. 26.8.2005 – 2 B 158/05; für einen Nachrang des Berufsrechts auch Mückl, Der Staat 40 (2001), 96, 108 f.

282 § 1 Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Art. 29 der Verfassung von Berlin und zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes v. 27.1.2005, GVBl. für Berlin, S. 92, Nr. 4.

283 § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW.

284 BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02.

285 Roseberry in Schiek/Chege, 2009, S. 329, 344 ff.

Beschäftigte in der Verwaltung und im technischen Dienst, Pflegepersonal etc. geraten nicht in Konflikt mit den Grundrechten anderer Bürger. Niemand kann aus der Religionsfreiheit ein Recht herleiten, dem Anblick anderer Religionen nicht ausgesetzt zu werden.²⁸⁶ Die Zulassung von sichtbaren Zeichen der Identifikation mit einer Religion führt auch nicht zu einer Identifikation – oder auch nur eines solchen Anscheins – des Staates mit dem jeweiligen Bekenntnis.²⁸⁷

Eine vergleichbare Konfliktsituation könnte sich im Bereich pädagogischer Dienstleistungen ergeben, vor allem im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe. Auch hier könnte das Argument der Einflussnahme auf Minderjährige herangezogen werden und der negativen Religionsfreiheit und dem Elternrecht ein Vorrang eingeräumt werden.

Für den Bereich der kommunalen Kindertagesstätten findet sich eine Entscheidung des ArbG Dortmund²⁸⁸, die einer muslimischen Erzieherin einen Anspruch aus Art. 4 Abs. 1 GG zusprach, das Kopftuch während der Arbeitszeit zu tragen. Ausdrücklich wurde darauf abgestellt, dass eine Erzieherin im Kindergarten nicht als Repräsentantin des Staates wahrgenommen werde. Solange deutlich sei, dass sich die Einrichtung nicht eine Religion oder Weltanschauung zu eigen mache und keinen religiösen Druck auf die Kinder ausübe, widersprüchen sichtbare religiöse Symbole nicht der staatlichen Neutralität.

Anders urteilte das LAG Baden-Württemberg²⁸⁹ auf der Grundlage des § 7 Abs. 6 Satz 1 KGartG BW. Obwohl die Erzieherin bereits längere Zeit ohne Konflikte in der Einrichtung arbeitete, sah das Gericht die abstrakte Möglichkeit der Beeinflussung der Kinder und der Störung des Einrichtungsfriedens.

Für den Bereich der Kindertagesstätten lassen sich vergleichbare Gründe für ein Verbot religiöser Symbole anführen wie für den Schulbereich. Der entscheidende Unterschied liegt in der staatlichen Aufsicht über das Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG) und der Schulpflicht im Gegensatz zu der freiwilligen Leistung der Kindertagesstätten, die sowohl von öffentlichen als auch von freien Trägern erbracht wird. Kindern und Eltern steht das Wunsch- und Wahlrecht (§ 5 SGB VIII) zu, sodass die Eltern jederzeit zu einer anderen Einrichtung wechseln können, wenn sie ihr Kind einer kopftuchtragenden Erzieherin nicht überlassen wollen. Einzuräumen ist allerdings, dass die Ausübung des Wahlrechts oft daran scheitert, dass Einrichtungsplätze nicht in ausreichender Zahl vorhanden sind.

Bedacht werden sollte auch, dass Kinder im Vorschulalter besonders unbefangen auf Unbekanntes zugehen und so einen offenen Umgang mit kulturellen und religiösen Unterschieden einüben können. Eine Einflussnahme auf die in diesem Alter noch deutlich vom Elternhaus vorgegebenen religiösen Ausrichtungen ist allein von dem Anblick des Kopftuchs nicht zu erwarten.

Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Religionsfreiheit ist das Verbot religiöser Symbole nur auf der Grundlage eines Gesetzes möglich, derzeit also nur in Hessen und Baden-Württemberg. Auch hier muss dann auf eine konsequente Entfernung aller Zeichen eines

286 Lindner, NVwZ 2002, 37 ff.; Triebel, 2005, S. 11.

287 Masing in Dreier, 2006, Art. 33 Rn. 46.

288 ArbG Dortmund v. 16.1.2003 – 6 Ca 5736/02.

289 LAG Ba.-Wü. v. 19.6.2009 – 7 Sa 84/08.

religiösen Bekenntnisses geachtet werden. Konsequenterweise sind die üblichen Kindergartenfeste zu den christlichen Feiertagen einzustellen.

Ein weiteres Problem stellt sich im Bereich unmittelbarer staatlicher Hoheitsausübung, der Polizei und Justiz, weil hier die Frage der Identifikation der Kopftuchträgerin mit dem öffentlichen Amt anders ausfallen könnte als bei einer Lehrerin.

Aber auch hier lässt sich nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass der Bürger die einzelne Amtsperson mit der öffentlichen Institution identifiziert. Die Polizistin mit Kopftuch vermittelt zunächst ein befremdliches Erscheinungsbild. Die Offenheit in den nicht laizistisch geprägten europäischen Staaten Großbritannien, den Niederlanden und Skandinavien für religiöse Kopfbedeckungen bei der Polizei²⁹⁰ zeigt jedoch, dass auch die Bereiche der Polizei und Justiz durch Musliminnen mit Kopftuch keinen ernsthaften Schaden erleiden.

Die Verfassungskonformität des Verbots religiöser Symbole des Berliner Gesetzes zu Artikel 29 Verfassung von Berlin erscheint damit zumindest zweifelhaft. Das generelle Verbot für den gesamten öffentlichen Dienst in § 68 Abs. 2 des Hessischen Beamtengesetzes lässt sich mit der Grundkonzeption der offenen Neutralität des Staates gegenüber den Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG) nicht mehr vereinbaren.

4.3.2 Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot nach § 7 AGG

Das AGG ist als Bundesgesetz vorrangig vor den Landesschulgesetzen anwendbar (Art. 31 GG).

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist allerdings die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für diesen Bereich. Für die Begründung privatrechtlicher Beschäftigungsverträge gilt Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, für die Regelung des Beamtenrechts besteht dagegen seit 2006 keine Rahmenkompetenz mehr.²⁹¹ Das Bundesrecht gilt allerdings fort, bis das bestehende Recht durch entsprechende Regelungen des Landesgesetzgebers ersetzt wird. Die Länder sind also durchaus befugt, eigene Regelungen zum Diskriminierungsschutz im Beamtenverhältnis zu erlassen; ihr Spielraum wäre aber sehr begrenzt, da die EU-Richtlinien für sie in derselben Weise verbindlich sind wie für den Bund. Solange keine Landesgesetze zum Diskriminierungsschutz im Beamtenverhältnis vorliegen, gilt das AGG vorrangig vor den Landesgesetzen.

Der Prüfungsmaßstab für einen Verstoß gegen § 7 AGG entscheidet sich an der Frage, ob eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung vorliegt. Das BVerfG unterstellte eine mittelbare Benachteiligung²⁹²; es fehlt jedoch eine Auseinandersetzung mit dieser Frage, da diese Differenzierung für die Entscheidung unerheblich blieb. Die nachfolgenden Entscheidungen sehen in der Maßnahme des Kopftuchverbots eine unmittelbare Diskriminierung²⁹³, auch die Literatur kommt überwiegend zu diesem Ergebnis. Zwar richtet sich das Verbot nicht gegen die Religionszugehörigkeit als solche, sondern nur gegen eine Form der Religionsausübung, die nur von einem Teil der muslimischen Frauen praktiziert wird. Für eine unmittelbare Benachteiligung genügt es jedoch, wenn an ein Kriterium ange-

290 Darstellung im Überblick bei Kinzinger-Büchel, 2009, S. 244–250.

291 Art. 1 Nr. 8, Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

292 BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02.

293 BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08; LAG Ba-Wü v. 19.6.2009 – 7 Sa 84/08; LAG Hamm v. 16.10.2008 – 11 Sa 572/08; LAG Düsseldorf v. 10.4.2008 – 5 Sa 1836/07; VGH Baden-Württemberg v. 14.3.2008 – 4 S 516/07.

knüpft wird, welches untrennbar mit einem inkriminierten Merkmal verbunden ist. Das entspricht der sog. „sex – plus“- Bewertung bei der Diskriminierung wegen des Geschlechts, wenn nicht am Frausein unmittelbar, sondern an dem untrennbaren Merkmal **Schwangerschaft** angeknüpft wird.²⁹⁴ Ebenso ist die Situation zu bewerten, wenn nicht auf die Religionszugehörigkeit als solche, sondern auf das Tragen eines religiösen Symbols abgestellt wird.

Für die unmittelbare Diskriminierung kennt das AGG keine immanenten Schranken. Nach der RL 2000/78/EG wäre hier an eine Rechtfertigung durch die Klausel in Art. 2 Abs. 5 zum Schutz öffentlicher und privater Interessen zu denken gewesen. Diese Klausel ist jedoch nicht ins AGG umgesetzt worden.

Ein Rechtfertigungsgrund könnte sich aus § 8 AGG ergeben, wenn der Verzicht auf das Kopftuch eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung wegen der Bedingung ihrer Ausübung²⁹⁵ darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Die Rechtsprechung geht davon aus, für eine Lehrerin stelle der Verzicht auf das Kopftuch eine wesentliche und entscheidende Anforderung dar, weil nur so die Neutralität des Staates und der Schulfrieden gewahrt werden könnten.²⁹⁶ In allen Entscheidungen wird die Frage der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem AGG jedoch ohne eingehende Auseinandersetzung mit den strikten Anforderungen des § 8 AGG als Ausnahmevorschrift abgehandelt. Auffällig ist auch eine weitgehende Zurückhaltung der Literatur zur Frage der Vereinbarkeit des Kopftuchverbots im Schuldienst mit den Diskriminierungsverboten des AGG.²⁹⁷

Einen rechtmäßigen Zweck verfolgen die Verbote der Landesverfassungen bereits deshalb, weil mit der staatlichen Neutralität auch entgegenstehende Grundrechtspositionen der Kinder und Eltern und die verfassungsrechtlich geschützte Funktionsfähigkeit der Schule (Art. 7 Abs. 1 GG) vor Eingriffen bewahrt werden sollen. Die Zielsetzung als solche knüpft damit auch nicht an verbotenen Unterscheidungsmerkmalen an.

Weitere Voraussetzung für die Rechtfertigung ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung („angemessen“) und damit eine Abwägung zwischen den legitimen Zielen der öffentlichen Institution Schule und den Interessen der Beschäftigten (bzw. Bewerberinnen).

Diese Prüfung verlangt nach einer individualisierten Betrachtungsweise. Da das BVerfG²⁹⁸ und in der Folge die Entscheidungen der Verwaltungs- und Arbeitsgerichte ausdrücklich darauf hinweisen, dass nicht auf eine konkrete Gefahr abzustellen ist, sondern das abstrak-

294 Schiek in Schiek, 2007, § 3 Rn. 13, 18; Walter/v. Ungern-Sternberg, DÖV 2008, 880, 882.

295 Die Art der auszuübenden Tätigkeit kommt nicht in Betracht, weil die eigentliche Tätigkeit als Lehrerin von dem Kopftuch nicht berührt wird.

296 BVerfG v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02. BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08; LAG Ba-Wü v. 19.6.2009 – 7 Sa 84/08; LAG Hamm v. 16.10.2008 – 11 Sa 572/08; LAG Düsseldorf v. 10.4.2008 – 5 Sa 1836/07, ArbG Wuppertal v. 29.7.2008 – 4 Ca 1077/08; VG Aachen v. 9.11.2007 – 1 K 323/07.

297 Keine Position beziehen: Berg in Däubler u. a., 2008, § 8 AGG; Brors in Däubler/Bertzbach, 2008, § 8 AGG; Schmidt in Schiek, 2007, § 8 AGG; Ebert in Schulze u. a., 2009, § 8 Rn. 3; Thüsing in MünKom., 2007, § 8 Rn. 19, 20; eindeutig Position gegen eine Rechtfertigung nach § 8 AGG bezieht Kinzinger-Büchel, 2009, S. 225.

298 BVerfGE 108, 282, 307.

te Risiko einer Beeinträchtigung der Neutralität oder des Schulfriedens ausreicht, ergeben sich erhebliche Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit.²⁹⁹

Es wird allerdings in Hinblick auf die Rechtsprechung des EMRK auch die Erwartung geäußert, dass der EuGH bei einer entsprechenden Vorlage die Angemessenheit des Kopftuchverbots billigen werde.

Der EGMR hat sich in drei Fällen mit dem Kopftuchverbot in öffentlichen Bildungseinrichtungen beschäftigt und in allen Fällen keinen Verstoß gegen die Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK angenommen. In der Entscheidung **Dahlab gegen Schweiz**³⁰⁰ ging es um eine Lehrerin, die Kinder im Alter von fünf bis acht Jahren unterrichtete. Der EGMR stellt vor allem darauf ab, dass Kinder in diesem Alter sehr leicht zu beeinflussen seien und die staatliche Neutralität gegenüber allen Glaubensrichtungen durch das Kopftuch beeinträchtigt sein könnte. Das Gericht konstatierte jedoch auch einen Widerspruch des Kopftuchs zur staatlichen Verpflichtung auf die Anerkennung der Gleichberechtigung.

In der Entscheidung **Sahin gegen Türkei**³⁰¹ wurde auch das Kopftuchverbot gegenüber einer Studentin an einer staatlichen Hochschule vom EGMR als zulässig betrachtet, ebenso wie für Schülerinnen in einer staatlichen französischen Schule.³⁰²

Mit diesen Entscheidungen räumt das Gericht den Einzelstaaten einen erheblichen Spielraum bei der Gestaltung einer angemessenen Grenzziehung zwischen staatlicher Neutralität und Religionsfreiheit ein.³⁰³ Eine Übertragung auf vergleichbare Verbote in anderen europäischen Staaten ist schon deshalb unzulässig, weil die Türkei, Frankreich und die Schweiz eine ausdrücklich laizistische Ausrichtung aufweisen. In der Entscheidung **Sahin** hatte der EGMR zudem auf die ganz besondere Situation der Türkei abgestellt, in der ausgeprägte religiöse Spannungen besondere staatliche Maßnahmen erforderlich machten.

Auch ist nicht damit zu rechnen, dass der EuGH die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK auf die Anforderungen der RL 2000/78/EG schlicht überträgt. Mit dem Diskriminierungsschutz der EU wird ein einheitlicher Schutzstandard in der Gemeinschaft angestrebt, der den Beurteilungsspielraum der nationalen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der religiösen Freiheitsrechte deutlich einschränkt. Hinzu kommt, dass Art. 15 Abs. 1 EGC über den Schutzbereich der EMRK hinaus nun auch die Berufsfreiheit schützt, sodass auch dieser Gesichtspunkt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen ist.³⁰⁴

Daneben sind auch mittelbare Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft und wegen des Geschlechts zu berücksichtigen, weil sich islamische Bekleidungs Vorschriften deutlich häufiger bei Migrantinnen finden und weil in allen Religionen die Bekleidungs Vorschriften überwiegend Frauen betreffen. Allerdings können diese Ungleichbehandlungen durch die immanenten Schranken des § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt werden. Bei Mehrfachdiskriminierungen muss sich die Rechtfertigung nach § 4 AGG auf alle Gründe

299 Keine Rechtfertigungsmöglichkeit nach AGG: Walter/v. Ungern-Sternberg, DÖV 2008, 880, 884 f.

300 EGMR v. 15.2.2001 – 42393/98.

301 EGMR v. 10.11.2005 – 44774/98.

302 EGMR v. 4.3.2009 – 27058/05 „Dogru v. France“.

303 Loenen, 2008, 313, 320.

304 So auch Walter/v. Ungern-Sternberg, DÖV 2008, 880, 884 f., noch nicht in Hinblick auf die Geltung der EMRK, sondern die Entscheidungen des EuGH – Rs. 4/73 **Nold** und C-280/93 **Deutschland/Rat – Bananen**.

erstrecken. Auch für die Benachteiligung wegen Ethnie und Geschlecht ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Bedeutung der staatlichen Neutralität zu prüfen und insbesondere die Frage einzubeziehen, ob eine abstrakte Gefahr ausreichen kann, um den Diskriminierungsschutz zu verdrängen.

4.3.3. Ausblick

Die Frage der Religionstoleranz innerhalb des öffentlichen Sektors lässt sich nicht ausschließlich rechtsdogmatisch bearbeiten. Die Diskussion ist in hohem Maße politisch aufgeladen. Sie bildet geradezu den Kristallisationspunkt der Auseinandersetzung der europäischen Gesellschaften mit der in ihrer Mitte wachsenden Kultur des Islams.

Wie viel religiöses Bekenntnis der öffentliche Sektor aushält, ist letztlich nur ein Teilaspekt einer sehr viel umfangreicheren Fragestellung. Wir befinden uns gegenwärtig in einer Phase, „in der das gesamte Staatskirchenrecht unterhalb der Ebene formeller Verfassungsänderungen neu vermessen wird“³⁰⁵.

Angesichts der über Jahrhunderte eingesunkenen Gleichsetzung von Abendland oder Okzident mit dem Christentum als Gegensatz zum Morgenland oder Orient, gleichbedeutend mit dem Islam, darf die Aufregung in der Auseinandersetzung nicht verwundern. Zumal durch die Ereignisse des letzten Jahrzehnts die reale Angst vor dem islamistischen Terrorismus hinzugetreten ist.

Gerade in dieser Situation sollten die Rechtsfragen mit Besonnenheit diskutiert werden, getragen von der Gewissheit, dass nicht Diskriminierung und Ausgrenzung die Gesellschaft vor Unmenschlichkeit und Intoleranz schützen, sondern für alle Religionen und Kulturen gleiche Gewährleistungen der individuellen und kollektiven Grundrechte. Im öffentlichen Dienst sind die Schutzpflichten des Staates aus dem GG, der EGC und der EMRK umzusetzen; sie bilden zugleich das Modell für den Umgang mit religiöser Toleranz in allen anderen Beschäftigungsformen und in der Gesellschaft allgemein.

Die zunehmende kulturelle und religiöse Diversität der Gesellschaft verlangt nach Toleranz, Offenheit, aber auch Diskurs. Wird in der Gesetzgebung ein Weg eingeschlagen, der sich an abstrakten Gefahren orientiert und damit die jeweiligen Konfliktsituationen entpersonalisiert, geht dies mit dem Risiko der Stereotypenbildung einher, durch die Diskurse geschlossen statt geöffnet werden.³⁰⁶

Andererseits ist die Glaubwürdigkeit religiöser Toleranz auch daran gebunden, dass die Rechte aller Bürger, sei es auf negative Religionsfreiheit, auf Handlungsfreiheit oder Gleichberechtigung der Geschlechter, geachtet werden. Beschäftigte im öffentlichen Dienst stehen in der persönlichen Verantwortung für die Achtung der Grundrechte. Hier besteht eine Verpflichtung der Dienstgeber, einen strikten Maßstab anzulegen und keine Toleranz gegenüber Verhaltensweisen zu dulden, die Menschenwürde oder Freiheitsrechte missachten.³⁰⁷

³⁰⁵ Heinig, ZevKR 53 (2008), 235 ff.

³⁰⁶ In diesem Sinne auch Traulsen, RdJB 2006, 116, 132.

³⁰⁷ Siehe auch Kokott, Juliane: Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum, Der Staat 2005, 343, 357.

Es besteht die Option einer zunehmenden Laizisierung³⁰⁸ des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche oder die Möglichkeit, ein bisher ausschließlich auf die christlichen Kirchen ausgerichtetes Kooperationsmodell auf die Vielfalt weiterer Religionsgemeinschaften zu erweitern.

Die von einigen Ländern eingeschlagenen Versuche, einen einseitigen Laizismus für Muslime einzuführen, belegen das Dilemma an diesem Scheideweg.

Deutschland ist kein Land unüberwindbarer Glaubensgegensätze. Eine Weiterentwicklung des kooperativen Verhältnisses zu den Religionsgemeinschaften unter Einbeziehung auch der muslimischen Bevölkerung³⁰⁹ bietet zudem die Chance, die realen Probleme und Konflikte in den Blick zu nehmen, statt über das Symbol Stellvertreter-Diskussionen zu führen.

4.4 Diskriminierungen am Arbeitsplatz

4.4.1 Mittelbare Diskriminierungen durch Arbeitsabläufe und allgemeine Weisungen des Arbeitgebers

Musliminnen und Muslime haben bestimmten religiösen Vorschriften zu folgen, die mit den Anforderungen und Abläufen des Arbeitslebens kollidieren können.

Vor dem Inkrafttreten des AGG wurden derartige Konflikte über die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses nach billigem Ermessen (§ 315 BGB)³¹⁰ und dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geregelt. Das religiöse Verbot, eine Leistung zu erbringen, gilt als Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 3 BGB.³¹¹

Die Wirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis vermittelt der Generalklauseln des BGB ist seit Langem anerkannt. Auch aus § 75 BetrVG ergibt sich für die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber die Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Behandlung der Beschäftigten, unter anderem sind Benachteiligungen wegen der Religion untersagt.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern steht daher am Arbeitsplatz das Recht auf Religionsausübung zu. Kollidieren kann dieses Recht aber mit gewichtigen Belangen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die sich ihrerseits auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nach Art. 12 GG und das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG berufen können. Zwischen den widerstreitenden Interessen ist ein Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz vorzunehmen.³¹²

308 Walter, DVBl. 2008, 1073, 1079.

309 In diese Richtung auch Kokott, Der Staat 2005, 343, 365, allerdings unter Betonung der Differenzierungsmöglichkeit nach Kommunikationsfähigkeit und Reflexionswilligkeit.

310 BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83; v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88.

311 Staudinger/Löwisch, 2004, § 275 BGB Rn. 90; Ernst in Münchener Kommentar, 2007, § 275 BGB, Rn. 118.

312 BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 436/83; im Anschluss ohne Bezugnahme auf Art. 4 GG: BAG v. 24.5.1989 – 2 AZR 285/88; Oetker, RdA 2004, 8, 14.

Allgemeine Weisungen oder vorgegebene Arbeitsabläufe lassen sich nicht auf den ersten Blick als Ursache für Diskriminierungen einordnen. Umstritten ist, ob es sich bei allgemeinen Vorgaben, die die Ausübung der Religionsfreiheit beeinträchtigen können, um mittelbare Benachteiligungen (§ 3 Abs. 2 AGG) handelt, die aus Sachgründen zu rechtfertigen sind und zudem verhältnismäßig sein müssen, oder ob Vorkehrungen zum Ausgleich von Nachteilen (positive Maßnahmen im Sinne des § 5 AGG) unterlassen werden, auf die kein gesetzlicher Anspruch besteht.³¹³

Das BAG setzte sich in seiner Entscheidung vom 22.5.2003³¹⁴ noch vor Inkrafttreten des AGG mit dem Problem mittelbarer Diskriminierung durch allgemeine Weisungen des Arbeitgebers auseinander und prüfte die Rechtfertigung wegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung unter Verweis auf die RL 2000/78/EG. Eine Weisung der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers, die auf Grund eines religiösen Gebots nicht ausgeführt werden kann, benachteiligt den Betroffenen im Unterschied zu den Beschäftigten ohne eine entsprechende religiöse Bindung. Auch die aktuelle Rechtsprechung des BAG bestätigt, dass auch allgemeine Anforderungen an die Tätigkeit bestimmte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in besonderer Weise benachteiligen können.³¹⁵

Gerechtfertigt werden können die besonderen Belastungen mit sachlichen Gründen, wenn die Benachteiligung erforderlich und verhältnismäßig ist. Auch für diesen Maßstab kommt es nach der Rechtsprechung des BAG³¹⁶ darauf an, ob bei Einstellung bereits zu erwarten war, dass die geschuldete Leistung Tätigkeiten umfasst, die aus religiösen Gründen nicht ausgeführt werden können, und ob Arbeitnehmer durch Arbeitsverteilung von der Tätigkeit freigestellt werden können. Im Fall der Unmöglichkeit der Leistung ist eine Kündigung gerechtfertigt, wenn auch für die Zukunft mit anhaltenden Ausfällen zu rechnen ist.

Zur Feststellung einer Benachteiligung ist ein Vergleich auf der Grundlage einer Gruppenbildung erforderlich, die entlang eines Diskriminierungsgrundes nach § 1 AGG erfolgen muss, hier also entlang der Zugehörigkeit zur Glaubensgemeinschaft des Islams. Die Benachteiligung in besonderer Weise kann durch statistische Verfahren erfolgen oder sich aus anderen Umständen ergeben. Die besonderen Belastungen einer nach der Religion abgrenzbaren Gruppe ergeben sich überwiegend aus religiösen Vorschriften oder kulturellen Handlungen von besonderer Bedeutung, die mit Arbeitsanforderungen kollidieren. Statistische Verfahren sind für den Nachweis daher nicht erforderlich.

Musliminnen und Muslime unterliegen bestimmten Verhaltensanforderungen, die auf einem religiösen Gebot oder einer religiösen Sitte beruhen. Diese Anforderungen haben einen besonderen Stellenwert, weil es nach der islamischen Religion keine getrennten Verhaltensregelungen für den religiösen und den weltlichen Bereich gibt. Die Gültigkeit des göttlichen Rechts, der Schari'a, erstreckt sich auf alle Bereiche des religiösen, gesell-

313 Keine Diskriminierung sehen: Schleusener in Schleusener/Suckow/Vogt, 2008, § 1 AGG Rn. 54 f.; Stein in Wendeling-Schröder/Stein, 2008, § 1 AGG Rn. 44; Wisskirchen, DB 2006, 1491, 1495; allgemeine Arbeitgeberweisungen betrachten als mittelbare Diskriminierung: Mohr, 2004, S. 287; Däubler in Däubler/Bertzbach, 2008, § 1 AGG Rn. 56; Bauer/Göpfert/Krieger, 2008, § 1 AGG Rn. 34, § 3 AGG Rn. 38; Burg, 2009, S. 60 ff.; eine vermittelnde Position vertreten Thüsing in MünchKomm., 2007, § 3 AGG Rn. 49; Lingemann/Müller, BB 2007, 2006, 2012.

314 BAG v. 22.5.2003 – 2 AZR 426/02.

315 BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 764/08; so auch ArbG Berlin 29. September 2007 – 14 Ca 10356/07; ArbG Berlin v. 11.2.2009 – 55 Ca 16952/08; Bissels/Lützel, BB 2009, 833.

316 A. a. O.

schaftlichen und staatlichen Lebens. Bestimmte Verhaltensweisen – auch am Arbeitsplatz – können daher für Muslime als göttliches Gebot verpflichtenden Charakter annehmen. Nur einige wenige islamische Glaubensrichtungen, vor allem die Aleviten, betrachten die Schari'a nicht als verbindliche Vorgabe für das weltliche Leben und können durch Regelungen über die Gestaltung des Arbeitsablaufs kaum in eine echte Gewissensnot geraten.³¹⁷

Die Schari'a weist jedoch andere Merkmale auf als das westliche kodifizierte Recht. Die Verhaltensvorschriften variieren nach den jeweiligen Rechtsschulen, die sich in Sunna für die Sunniten (hanafitische, malikitische, schafitische und hanbalitische Rechtsschule) und die Shi'a für die Schiiten (Zwölfer-Schi'a als wichtigste Rechtsschule) aufteilen lassen.³¹⁸ Einige Grundvorgaben gelten sowohl für die sunnitischen als auch für die schiitischen Muslime. Die fünf Säulen des Islams bestehen neben dem Glaubensbekenntnis („Schahada“) aus vier Handlungsgeboten, dem Gebet („Salah“), dem Fasten („Siyam“), der Almsgabe („Zakat“) und der Pilgerfahrt („Hadsch“).³¹⁹ Diese Pflichten sind vorgeschrieben und zumindest bei den ersten dreien wird ein Verstoß im Jenseits sanktioniert. Es gibt weitere Handlungen, die empfohlen sind, deren Unterlassung jedoch nicht sanktioniert wird. Andere Handlungen sind wieder strikt verboten, wie etwa das Alkoholtrinken oder nach einigen Rechtsschulen auch das Rauchen. Einige weitere Verhaltensweisen sind nur verpönt, wie die Übertreibung im Essen und in anderen Handlungen. Sie werden nicht sanktioniert, ihre Unterlassung aber belohnt.³²⁰

Auch verbindliche Verhaltensvorgaben dürfen variiert werden, soweit die äußeren Lebensumstände dies zwingend erfordern. Dies darf jedoch nicht als eine allgemeine Flexibilität gegenüber den Lebensumständen verstanden werden, sondern nur als Rechtfertigung einer Notsituation; auch kann das „himmlische Lob“ ohne die vorgeschriebenen Handlungen nicht erworben werden.³²¹ Die Folge für gläubige Musliminnen und Muslime ist ein Fortbestehen des Gewissenskonflikts, selbst wenn die Umstände am Arbeitsplatz die Ausführungen der religiösen Handlungen nicht erlauben.

Wird durch eine Vorschrift oder Vorgabe von Musliminnen und Muslimen ein Verhalten verlangt, welches sie in Widerspruch zu den für sie verbindlichen Verhaltensvorschriften setzt, so liegt ein Eingriff in die Freiheit der Religionsausübung vor. Die Belastung ist durch den Grad der Verbindlichkeit in der islamischen Glaubenslehre besonders hoch; vergleichbare Verpflichtungen für die Gestaltung des Alltagslebens sind der christlichen Glaubenslehre fremd.

Gerechtfertigt werden kann die ungleiche Belastung durch sachliche Gründe, die

- ein rechtmäßiges Ziel verfolgen, welches nicht auf eine Diskriminierung ausgerichtet ist,
- nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden könnte (erforderlich) und
- im Verhältnis zum Recht auf freie Religionsausübung höher zu gewichten sind (angemessen).

317 Hoevens, 2003, S. 130; Ünsal, 2009, S. 59.

318 Hoevens, 2003, S. 124.

319 Khoury/Heine/Oebbecke, 2000, S. 60 ff.

320 Hoevens, 2003, S. 141.

321 Khoury/Heine/Oebbecke, 2000, S. 192; Hoevens, 2003, S. 141.

Rechtmäßig kann jedes erlaubte Ziel sein. Dazu gehören auch die unternehmerischen Ausrichtungen einer Betriebsstätte, die autonomen Entscheidungen hierüber sind durch Art. 12 GG geschützt.³²² Das angestrebte Ziel selbst darf aber keine diskriminierende Ausrichtung haben.³²³ Die reibungslose Gestaltung der Arbeitsabläufe bildet etwa eine neutrale Zielsetzung, nicht aber der Wunsch, keinen Anreiz für andere muslimische Beschäftigte zu schaffen, ebenfalls ihr Gebet während der Arbeitszeit auszuführen.

Liegt ein rechtmäßiger Sachgrund vor, trifft die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zunächst eine Verpflichtung, eine Lösung für den bestehenden Konflikt zwischen Religionsausübung und Arbeitsanforderungen zu suchen und nach Möglichkeit herbeizuführen. Nur wenn sich die Regelung der Arbeitsabläufe nicht mit den Geboten der Religion vereinbaren lässt, sind sie **erforderlich**.

In einem letzten Schritt ist dann zu prüfen, ob die Belange der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder das Recht des einzelnen Arbeitnehmers auf Religionsausübung überwiegt. Für die Abwägung können die vor dem Inkrafttreten des AGG bereits aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber entwickelten Grundsätze herangezogen werden. Entscheidend ist vor allem, ob der Konflikt für die Arbeitnehmer bereits bei Begründung des Arbeitsverhältnisses erkennbar war, welches Gewicht ein religiöses Gebot hat und welche Auswirkungen für das Unternehmen zu erwarten sind.

4.4.1.1 Bekleidungs Vorschriften

Seit dem Inkrafttreten des AGG sind Kleiderordnungen der Betriebe, die muslimische Frauen in ihrer Religionsausübung behindern, strikt an der Frage der Notwendigkeit für die betrieblichen Abläufe zu prüfen. Sie können nur ausnahmsweise gerechtfertigt werden, wenn eine Vereinbarkeit zwischen den betrieblichen Anforderungen und dem religiösen Gebot (aus der Perspektive der individuellen Muslimin) nicht herstellbar ist.³²⁴

Überwiegend treten Probleme der Vereinbarkeit von Kleidungs Vorschriften bereits bei der Einstellung auf, da vor allem das Kopftuch oder eine vergleichbare Verhüllung des Kopfhaares, des Halses und der Schultern bereits beim Einstellungsgespräch (oder auch durch das Bewerbungsfoto) sichtbar werden. Erfolgt der Entschluss, ein Kopftuch zu tragen, erst nach Beginn des Arbeitsverhältnisses, so gelten im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie bei der Einstellung (siehe 4.1.2 und 4.1.3). Falls sich das Kopftuch jedoch nicht mit der Tätigkeit vereinbaren lässt, sind mögliche Änderungen des Arbeitsplatzes oder der Tätigkeit in die Prüfung alternativer Lösungen einzubeziehen.

4.4.1.2 Kontakt mit unreinen Lebensmitteln

Probleme wirft hier vor allem der Umgang mit Schweinefleisch und alkoholischen Getränken auf.

Handelt es sich um Produktionsstätten dieser Materialien, so besteht in der Regel von Anfang an die Unmöglichkeit, die Tätigkeit ohne Verstoß gegen islamische Vorschriften auszuführen. Sachliche Gründe für den Eingriff in die Religionsfreiheit ergeben sich aus den

³²² BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 764/08.

³²³ EuGH v. 5. März 2009 – C-388/07 – **Age Concern England**, Rn. 65 f.

³²⁴ Thüsing, JZ 2006, 223, 226.

Anforderungen des Produktionsablaufs und sind schon deshalb angemessen, weil der Konflikt für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags offensichtlich war.

Anders verhält es sich jedoch bei den zahlreichen Beschäftigten im Bereich der Gastronomie und des Lebensmittelverkaufs.

Für die Mehrheit der Musliminnen und Muslime gilt der bloße Kontakt mit unerlaubten Lebensmitteln nicht als verboten. Der Kontakt ist zwar zu vermeiden, gilt aber als zulässig, wenn dadurch der Lebensunterhalt verdient wird und die verbotenen Lebensmittel nicht im Mittelpunkt der Tätigkeit stehen.³²⁵ Selbst für die Minderheit, die bereits die Berührung für unerlaubt hält, kann im Supermarkt bei verpackten Waren und beim Ausschank in der Gastronomie der unmittelbare Kontakt vermieden werden. Der Verkauf dieser Waren gilt für die meisten Musliminnen und Muslime als nicht verboten, wenn lediglich im Auftrag des Geschäftsinhabers gehandelt wird, aber kein eigenes Geschäft getätigt wird.³²⁶ Werden diese Kontakte mit unreinen Lebensmitteln dennoch als verboten angesehen, so kann die Tätigkeit aus religiösen Gründen nicht ausgeführt werden. Die Anforderung der Tätigkeit belastet Musliminnen und Muslime einer speziellen Glaubensausprägung deutlich stärker als andere Mitarbeiter. Ein sachlicher Grund ergibt sich aus dem Geschäftszweck, der hinsichtlich der Diskriminierungsgründe neutral ist. Die Anforderung dürfte immer dann erforderlich sein, wenn sich in einem Geschäftsbetrieb nicht klar Abteilungen abgrenzen lassen, in denen es nicht zu einem Kontakt mit verbotenen Lebensmitteln kommt. Große Kaufhäuser haben in der Regel die Möglichkeit, muslimische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Non-Food-Abteilungen einzusetzen, Supermärkte hingegen nicht. Auch in Gaststätten aller Art dürfte eine Trennung kaum möglich sein. Es kann nicht erwartet werden, dass im laufenden Betrieb die Kunden nach der Art ihrer Bestellung aufgeteilt werden, weil dies zu einer extremen Belastung aller Mitarbeiter und zu einer Verlangsamung der Abläufe führen würde.

Die Anforderung ist dann angemessen, wenn Beschäftigte sie bereits bei Einstellung vorhersehen konnten. Auch Konvertiten können sich nicht auf den bestehenden Arbeitsvertrag berufen, weil ihnen beim Übertritt zum Islam bewusst war, dass die Erbringung der Arbeitsleistung nicht mehr möglich sein wird. Unangemessen ist die Anforderung hingegen, wenn den Interessen des Unternehmens unschwer auf andere Weise Rechnung getragen werden kann.

4.4.1.3 Die Verhinderung religiöser Verrichtungen

Für Musliminnen und Muslime ist die Einhaltung der Gebete und Gottesdienste ein besonders striktes religiöses Gebet. Gefordert werden fünf Gebete am Tag, von denen überwiegend das Mittags- und das Nachmittagsgebet in die Arbeitszeiten fallen. Das Gebet gilt als „Stütze der Religion“. Bei Nichtbefolgung werden strenge Strafen angedroht.³²⁷ Ebenso wichtig ist die Teilnahme am gemeinsamen Freitagsgebet, welches meist in der Moschee abgehalten wird.

325 Hoevens, 2003, 237 f.

326 A. a. O., S. 240.

327 Koran 4, 103; 19, 59; siehe Hoevens, 2003, S. 177 f.

Die Durchführung des Gebets während der Arbeitszeit kann zu Kollisionen mit den arbeitsvertraglichen Pflichten führen. Allgemeine Anwesenheitspflichten oder die zeitliche Festlegung der Pausen im Rahmen des Direktionsrechts der Arbeitgeber können Musliminnen und Muslime wegen der Religion gegenüber den übrigen Arbeitnehmern besonders belasten.

Schon in der Zeit vor dem AGG hatte die Rechtsprechung das islamische Gebet als Religionsausübung dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG zugeordnet. Das LAG Hamm führt hierzu aus:

„Nach der Auskunft des Islamrates handelt es sich auch bei dem Frühgebet um ein Pflichtgebet. Das Nachholen sei nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Die Einhaltung der religiösen Regeln sei in die Gewissensentscheidung des einzelnen Gläubigen gestellt. Damit hat der Kläger ausreichend glaubhaft gemacht, dass auch das Frühgebet durch Art. 4 Abs. 2 GG geschützt ist. Selbst wenn der Islam auf besondere Lebensumstände des Gläubigen Rücksicht nimmt und Abweichungen bei den Pflichtgebeten erlaubt, findet die Entscheidung des Klägers zur Abhaltung des Frühgebetes während der Arbeitszeit dennoch seine ausreichende Grundlage in den Regeln des Islam. Das Gericht hat sich einer Bewertung dieser religiösen Gewissensentscheidung des Gläubigen zu enthalten.“³²⁸

Arbeitgeber werden aber häufig sachliche Gründe für die Anordnungen haben, die der Verrichtung des Gebets zur rechten Zeit entgegenstehen. Das gilt in besonderer Weise für Tätigkeiten, die nicht beliebig unterbrochen werden können, wie etwa Zugführerinnen und -führer, Maschinenführerinnen und -führer, Busfahrerinnen und -fahrer. Es wird folglich darauf ankommen, ob die Anweisungen erforderlich und in Anbetracht der Bedeutung der Religionsfreiheit angemessen sind.

Die Europäische Kommission für Menschenrechte entschied im Fall einer gläubigen Christin, die aus religiösen Gründen nicht am Sonntag arbeiten wollte und deshalb entlassen wurde, dass es sich nicht um einen Fall von Diskriminierung handele, da sich die Frau in ihrem Arbeitsvertrag zur Sonntagsarbeit verpflichtet hatte und die Kündigung allein auf dem Verstoß gegen die Vertragsverpflichtungen beruhe.³²⁹ Die Entscheidung entspricht der im Fall eines muslimischen Lehrers, der seine Mittagspause um 75 Min. überziehen wollte, um in der Moschee am Freitagsgebet teilzunehmen.³³⁰

Nicht erforderlich sind hingegen Anweisungen, die allein auf die Einheitlichkeit der Pausenregelung abstellen, obwohl etwa eine Bürotätigkeit durch eine verschobene Pause nicht beeinträchtigt wird.

Auch kann es zumutbar sein, bei der Erstellung von Dienstplänen auf die Pflicht einzelner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zum Freitagsgebet Rücksicht zu nehmen, um ihnen zumindest jeden zweiten oder dritten Freitag die Teilnahme zu ermöglichen, weil die religiösen Gebote es nicht erlauben, mehr als zwei aufeinander folgende Male das Freitagsgebet zu versäumen.³³¹

³²⁸ LAG Hamm v. 18.1.2002 – 5 Sa 1782/01.

³²⁹ EKMR Steadman v. UK 23 EHRR CD168 (1997).

³³⁰ Ahmad v. UK 4 EHRR 126 (1982).

³³¹ Wenzel, 2008, S. 110.

§ 7 Abs. 1 AGG untersagt eine mittelbare Benachteiligung wegen der Religion im Arbeitsverhältnis. Die benachteiligende Gestaltung der Arbeitsabläufe (ohne eine angemessene Rechtfertigung) stellt eine Vertragsverletzung dar (§ 7 Abs. 3 AGG). Entsprechend können sich muslimische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf ihren Vertragserfüllungsanspruch berufen.

Die Ansprüche können daneben auf weitere Regelungen des Arbeitsrechts gestützt werden. Nach § 616 BGB sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Bezüge **für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit** von der Arbeit freizustellen, wenn ihnen die Leistung unzumutbar ist. Es hat in gleicher Weise eine Abwägung mit den Interessen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers zu erfolgen. Auch können Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber verlangen, dass regelmäßige Ausfälle durch Gebetspausen nachzuarbeiten sind.

Zu einer unbezahlten Freistellung können Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber aus der Fürsorgepflicht und der Vertragserfüllung nach Treu und Glauben (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) verpflichtet sein, wenn es die betrieblichen Belange ermöglichen.³³² In der Entscheidung zu den Gebetspausen des LAG Hamm³³³ wird eine grundsätzliche Pflicht der Arbeitgeber zur Rücksichtnahme auf die religiösen Verpflichtungen der Beschäftigten aus § 242 BGB abgeleitet, verbunden mit einem Anspruch auf Freistellung aus § 616 BGB.³³⁴ Auch ließe sich nicht auf die Möglichkeit verweisen, den Anspruch auf Gebetspausen bereits im Arbeitsvertrag auszuhandeln. Die unterlegene Verhandlungsposition von Stellenbewerberinnen und -bewerbern mache es ihnen faktisch unmöglich, vorteilhafte Nebenabsprachen auszuhandeln. Die Rechte der Arbeitnehmer seien aber stets gegen die betrieblichen Interessen der Arbeitgeber abzuwägen, denen das LAG im zu entscheidenden Fall auf der Grundlage einer Einzelfallbewertung ein höheres Gewicht beimaß. Dieselbe Kammer betont in einer weiteren Entscheidung³³⁵, dass, soweit die betrieblichen Abläufe Gebetspausen ermöglichen, dem Anspruch der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auf Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und auf Schutz des Eigentums aus Art. 14 GG dadurch Rechnung zu tragen sei, dass er den Zeitpunkt der Freistellung für das Gebet innerhalb des von den islamischen Vorschriften vorgegebenen Zeitrahmens entsprechend der betrieblichen Belange festlegen dürfe.

Auch im Rahmen der Wehrpflicht besteht für muslimische Soldaten ein Anspruch auf Gebetspausen, da das Recht auf freie Religionsausübung aus Art. 4 GG in allen öffentlichen Institutionen unmittelbar zu beachten ist.³³⁶

Eine zusätzliche Verpflichtung, angemessene Gebetsräume zur Verfügung zu stellen, lässt sich nicht auf das Diskriminierungsverbot des AGG stützen. Es geht um eine positive Maßnahme zur Förderung der Religionsausübung, die nach § 5 AGG nicht nur zulässig ist, sondern auch erstrebenswert sein kann; die Ablehnung einer derartigen Maßnahme ist jedoch nicht als mittelbare Diskriminierung zu qualifizieren.³³⁷

³³² Rohe in FS. Blomeyer, 2004, S. 217, 224; Antwort der Bundesregierung auf eine große Anfrage, BT-Drs. 14/4530 v. 8.11.2000.

³³³ LAG Hamm v. 18.1.2002 – 5 Sa 1782/01.

³³⁴ LAG Düsseldorf v. 9.8.1985 – 4 Sa 654/85, zitiert nach Hoevels, 2003, S. 180.

³³⁵ LAG Hamm v. 26.2.2002 – 5 Sa 1582/01.

³³⁶ VG Hamburg v. 26.1.1994 – 3 W 2411/93.

³³⁷ Siehe hierzu auch OVG Berlin-Brandenburg v. 27.5.2010 – OVG 3 B 29.09.

Aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeber könnte sich jedoch im Einzelfall etwas anderes ergeben. So etwa, wenn in einem Großbetrieb mehrere Gläubige auf einen Gebetsplatz angewiesen sind oder der Arbeitsbereich grundsätzlich ungeeignet für das Gebet ist und keine Rückzugsmöglichkeit vorhanden ist, die den Anforderungen entspricht. Für die Situation bei der Bundeswehr wurde vor allem darauf abgestellt, dass es sich um einen pornographiefreien Raum handeln müsse.³³⁸

4.4.1.4 Arbeitsfreistellung für Feiertage und Pilgerfahrten

Bestimmte Feiertage können nur für Musliminnen und Muslime, nicht aber für andere Beschäftigte, bestimmte kultische Handlungen erfordern und eventuell sogar zu einem religiösen Arbeitsverbot führen.

Es gibt verschiedenartige islamische Festtage, von denen aber nur einige wenige mit der Arbeitspflicht kollidieren. Dazu gehört für alle Musliminnen und Muslime das Opferfest (**ʿid al-fitr**) und das Fest des Fastenbrechens (**id al-adha**); teilweise wird auch noch die Nacht der Bestimmung (**laylat al-qadr**) dazugerechnet.³³⁹

Im Hintergrund steht hier auch die Frage, wie multireligiöse Gesellschaften mit der Regelung der gesetzlichen Feiertage umgehen. Mit Diskussionen über strukturelle Veränderungen ist auf europäischer Ebene durchaus zu rechnen. Derzeit orientiert sich das öffentliche Recht selbst in laizistischen Staaten stets an den Mehrheitsreligionen.

Für das Arbeitsrecht findet sich keine ausdrückliche Regelung und auch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ergibt wenig. So hatte sich das LAG Düsseldorf³⁴⁰ zur Ablehnung eines Freistellungsanspruchs auf die Beschränkung der Religionsfreiheit durch die Rechtspositionen Dritter (Gemeinschaftsvorbehalt) gestützt, eine Argumentation, die schon damals als verfassungswidrig zurückgewiesen wurde.³⁴¹ Für die hohen religiösen Feiertage kann jedoch nichts anderes gelten, als für die Religionsausübung im Betrieb allgemein. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber können die Erbringung der Arbeitsleistung nur verlangen, wenn ein sachlicher Grund (betrieblich oder wirtschaftlich) besteht, alternative Gestaltungen nicht möglich sind (erforderlich) und sich das Verlangen auf der Grundlage einer einzelfallbezogenen Abwägung als angemessen erweist.³⁴²

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Schulregelungen der meisten Bundesländer Ansprüche der Schüler auf die Freistellung für wichtige Feiertage ihrer Religionsgemeinschaft vorsehen.³⁴³ Verdeutlicht wird dadurch das Recht auf Feiertagsruhe als Teil der Religionsausübungsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG.³⁴⁴

Grundsätzlich ist dieses Recht in gleichem Umfang im Arbeitsverhältnis zu gewähren, solange es sich mit den betrieblichen Belangen vereinbaren lässt.

338 VG Hamburg v. 26.1.1994 – 3 W 2411/93.

339 Hoevens, 2003, 202.

340 LAG Düsseldorf v. 14.2.1963 – 7 Sa 581/62.

341 Echterhölter, BB 1964, 597; 258; Habscheid, JZ 1964, 246.

342 So auch BSG v. 10.12.1980 – 7 RAr 93/79.

343 Siehe Antwort der Bundesregierung auf eine große Anfrage, BT-Drs. 14/4530 v. 8.11.2000.

344 BSG v. 10.12.1980 – 7 RAr 93/79.

Eine bezahlte Freistellung und damit eine Lohnfortzahlung wegen unverschuldeter Arbeitsverhinderung für „eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ nach § 616 BGB kann nach überwiegender Auffassung nicht verlangt werden.³⁴⁵ In der Regel wird die Arbeitsleistung auch nicht vollständig unmöglich sein, sie kann nur nicht zu einer bestimmten Zeit erbracht werden.

Es besteht zwar auch die Sorge, dass die Berücksichtigung der verschiedenen religiösen Feiertage Konflikte zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionen schüren könnte.³⁴⁶ Entgegenwirken lässt sich dem zumindest in größeren Betrieben durch eine Kultur der gegenseitigen Rücksichtnahme, indem die Arbeitsverteilung alle besonders geschützten Belange berücksichtigt: So werden die Arbeitsleistungen an kirchlichen Feiertagen vorrangig von Nichtchristen erbracht und an muslimischen, jüdischen oder sonstigen religiösen Feiertagen vorrangig von Christen.

Für die Pilgerreise nach Mekka dürfen sich in der Regel unproblematisch Urlaubsregeln finden lassen, da die Reise lediglich zwei Wochen in Anspruch nimmt. Die Ablehnung eines Urlaubs zum Zweck der Pilgerreise muss sich auf sehr gewichtige betriebliche Belange stützen, zumal Musliminnen und Muslime nicht frei über den Zeitpunkt entscheiden können.³⁴⁷ Die Fahrt findet nur einmal jährlich an einem variablen Tag statt und die Gläubigen benötigen die Zuweisung eines Platzes, die zum Teil mehrere Jahre im Voraus beantragt wird.

4.4.2 Benachteiligung bei der Entgeltzahlung

Statistisch belegen lässt sich nur eine Benachteiligung von Migrantinnen und Migranten am Arbeitsmarkt, Indizien sprechen auch für eine besondere Benachteiligung von muslimischen Migrantinnen und Migranten (Peucker, S. 25 f.). Ein Zusammenhang mit der Religionszugehörigkeit ist nicht belegbar. Rückschlüsse auf eine Diskriminierung von Musliminnen und Muslimen bei der Entgeltzahlung sind aus den vorliegenden Daten nicht möglich. Völlig unwahrscheinlich sind derartige Benachteiligungen dagegen nicht. Gerade im Niedriglohnbereich, in dem Migranten und besonders Migrantinnen aus islamisch geprägten Staaten überdurchschnittlich oft anzutreffen sind (Peucker, S. 22 ff.), besteht häufig ein intransparentes Lohngefüge, welches verdeckte Ungleichbehandlungen erleichtert. Die Rechtswissenschaft hat sich bislang ausschließlich mit der Entgeltgerechtigkeit zwischen Frauen und Männern beschäftigt, auch hier besteht noch ein Nachholbedarf bei der Entwicklung von Bewertungs- und Vergleichsverfahren. Bis heute fehlt es an einem klaren Auskunftsanspruch über die in einem Betrieb gezahlten Einkommen.³⁴⁸ Die Aufdeckung und Bekämpfung eventueller Diskriminierungen von Musliminnen und Muslimen bei der Entgeltzahlung ist von der Einführung einer Verpflichtung der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zur Offenlegung und von Verfahren zur Einordnung der jeweiligen Beschäftigungen in eine Bewertungsstruktur abhängig.

³⁴⁵ Henssler in MüKo, 2009, § 616 Rn. 43; Waas/Palotka in Däubler u. a., 2008, § 616 BGB Rn. 13.

³⁴⁶ Cumper in Ghanea, 2004, S. 157, 173.

³⁴⁷ So auch: LAG Hamm v. 30.5.1990 15/20 Sa 1800/89, DB 1990, 2123.

³⁴⁸ Nur für bestimmte Konstellationen wurde Arbeitnehmern ein Auskunftsanspruch über im Betrieb gezahlte Entgelte eingeräumt: BAG v. 1.12.2004 – 5 AZR 664/03.

4.4.3 Benachteiligung bei der beruflichen Aufstiegsförderung

Benachteiligungen bei der innerbetrieblichen Aufstiegsförderung lassen sich aus den verfügbaren Forschungsdaten nicht sicher belegen, werden aber von Migrantinnen und Migranten selbst als solche erlebt (siehe Peucker, S. 43).

Der Nachweis von Diskriminierung bei der Aufstiegsförderung stößt auf erhebliche Beweisschwierigkeiten. Die weitgehend verdeckten Ursachen lassen sich kaum aus einer isolierten Bewertung der Religionszugehörigkeit ableiten. Die innerbetrieblichen Mechanismen weisen typische mehrdimensionale Diskriminierungsfaktoren auf. Erst im Zusammenspiel mit ethnischen und häufig auch geschlechtsspezifischen Kriterien kommen auch Bewertungen zum Tragen, die auf der Religionszugehörigkeit beruhen. Statistische Verfahren³⁴⁹ könnten allerdings belegen, dass bei ethnischen Differenzierungen auch die tatsächliche oder angenommene islamische Religionszugehörigkeit relevant ist. Dies lässt sich an einem hypothetischen Beispiel aufzeigen:

Angenommen ein mittelständisches Produktionsunternehmen beschäftigt 200 Produktionsarbeiterinnen. Die Hälfte von ihnen verfügt über einen Migrationshintergrund, 70% von ihnen (35% der Belegschaft) kommen aus Herkunftsstaaten, die überwiegend muslimisch geprägt sind (Türkei, Marokko etc.). Statistisch lässt sich nachweisen, dass von allen Produktionsarbeiterinnen in den letzten fünf Jahren 30 den Aufstieg zu einer Gruppenleitung geschafft haben. Zehn Aufsteigerinnen weisen keinen Migrationshintergrund auf, 19 kommen aus Herkunftsstaaten, die nicht muslimisch geprägt sind, und eine Aufsteigerin kommt aus Algerien. Eine weitere Arbeiterin aus Algerien arbeitet in der Produktion. Aus dem Vergleich der Beschäftigten mit und ohne Migrationshintergrund lässt sich keine Benachteiligung feststellen. Ein Vergleich zwischen den Gruppen aus einzelnen Herkunftsstaaten ergibt bezogen auf den Herkunftsstaat Algerien ebenfalls keine Diskriminierung. Erst wenn die Vergleichsgruppen zwischen den Beschäftigten aus muslimisch geprägten Staaten und aus nichtmuslimischen Staaten gebildet werden, lässt sich ein signifikanter Unterschied statistisch nachweisen.

Auf die tatsächliche Religionszugehörigkeit der einzelnen Beschäftigten kommt es nicht an, sondern auf eine Differenzierung nach der religiösen Prägung der Herkunftsstaaten, die entlang der Zuordnung zum Islam zu einer ethnischen Hierarchisierung führt. Wird der Vergleich auf das Merkmal Geschlecht erweitert, können Benachteiligungen auch aus diesem Grund belegbar werden.

4.4.4 Belästigungen durch Beschäftigte und Dritte

Eine weitere Form der Diskriminierung in der Arbeitswelt bildet die Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG) und als Sonderform die sexuelle Belästigung (§ 3 Abs. 4 AGG). Für den Tatbestand bedarf es

■ einer unerwünschten Verhaltensweise im Zusammenhang mit einem in § 1 AGG genannten Grund, hier also mit der islamischen Religionszugehörigkeit und eventuell weiteren Gründen,

³⁴⁹ Exemplarisch angewendet für die Diskriminierung wegen des Geschlechts bei der Aufstiegsförderung in dem Urteil des LAG Berlin-Brandenburg v. 26.11.2008 – 15 Sa 517/08.

- die eine Würdeverletzung der Betroffenen bezweckt oder bewirkt,
- zusätzlich die Schaffung eines durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld.

Unerwünschte Verhaltensweisen gegenüber Musliminnen und Muslimen wegen ihrer Religionszugehörigkeit sind vor allem Spott, Herabsetzungen und Ausgrenzungen im Zusammenhang mit religiösen Handlungen, wie dem Beten, dem Moscheebesuch, der rituellen Reinigung etc., oder bestimmten Verhaltensweisen, wie der Ablehnung von Alkohol, Schweinefleisch und nicht geschächtetem Fleisch, oder dem Tragen verhüllender Kleidungsstücke.

Auch das Aufgreifen (vermeintlicher) Aussagen des Korans, die Gleichsetzung mit militanten Islamisten und die Unterstellung von Menschenrechtsverletzungen können als unerwünschte Verhaltensweisen erfahren werden. Angesichts der verbreiteten Islamphobie in der Bevölkerung dürften diese verbalen Herabsetzungen zum Alltag in Betrieben und Institutionen gehören.

Unter die unerwünschten Verhaltensweisen kann auch das Anbringen von Medien mit verunglimpfendem Inhalt in den Arbeitsräumen fallen. Nicht alle medialen Auseinandersetzungen mit religiösen Inhalten, die unter das Grundrecht auf Meinungsfreiheit fallen, dürfen auch eingesetzt werden, um eine konkrete Person zu belästigen. Der europäische und in der Folge der nationale Gesetzgeber stellt mit dem Begriff der „unerwünschten“ Verhaltensweise auf den Empfängerhorizont ab und konkretisiert damit die Grenzen der Meinungsfreiheit in der Abwägung gegenläufiger Rechtspositionen. Verhaltensweisen, die den Tatbestand der Belästigung erfüllen, können nicht unter Berufung auf das Recht auf Meinungsfreiheit gerechtfertigt werden.³⁵⁰

Der Arbeitsplatz ist ein besonders zu schützendes Gut; die Beschäftigten sind an diesem Ort, den sie nicht ohne Verlust ihres Einkommens verlassen können, auf einen besonderen Schutz ihrer Würde angewiesen. Es macht einen Unterschied, ob Karikaturen gegen den Islam in einer Zeitung gedruckt oder im Buchhandel vertrieben werden oder ob sie über den Schreibtisch einer muslimischen Kollegin gehängt werden.³⁵¹ Im ersten Fall steht es jedem frei, sich dem Eindruck auszusetzen oder den Inhalt zu ignorieren, im zweiten Fall ist die Kollegin nicht nur ständig dem Anblick ausgesetzt, sie sieht sich auch als Person in Beziehung gesetzt zu den in ihrem unmittelbaren Umfeld angebrachten Bildaussagen.

Rechtlich besonders schwer zu fassen sind Diskriminierungen durch Nichtbeachtung und vermeidendes Verhalten. Menschen, die ihre religiösen Überzeugungen offen nach außen erkennbar machen, wie Kopftuch- oder Bartträger, werden von ihrer Umwelt, insbesondere den Arbeitskollegen, häufig quasi als Unsichtbare behandelt. Die unfaire Behandlung liegt nicht allein in der Ignoranz von Bedürfnissen oder Besonderheiten, die sich aus der Religi-

350 Auch vor dem Inkrafttreten des AGG galt der Betriebsfrieden (BAG v. 14.5.1987 – 2 AZR 294/86) und die persönliche Ehre anderer Beschäftigter (BAG v. 15.12.1977 – 3 AZR 184/76) als Grenze der freien Meinungsäußerung im Betrieb, gerade bei rassistischen Äußerungen wurde diese Grenze zumeist erst bei strafbaren Äußerungen und Verhaltensweisen gezogen, so etwa ArbG Siegburg v. 04.11.1993 – 4 Ca 1766/93; ArbG Hannover v. 22.4.1993 – 11 Ca 633/92; ArbG Frankfurt/M. v. 28.1.1993 – 2 Ca 238/92.

351 So auch Schiek in Schiek, 2007, § 3 Rn. 67.

on ergeben, sondern auch in der Missachtung der positiven Beiträge, die von den individuellen Menschen geleistet werden.³⁵² Zudem wird der Mensch reduziert auf seine Identität als Anhänger einer Glaubensrichtung.

Selbstverständlich können auch körperliche Angriffe und Berührungen Belästigungen wegen der Religion darstellen, etwa im Zuge von religiösem oder islamophobischem Fanatismus oder auch als Provokation. Speziell das Herunterreißen des Kopftuchs hat gleichzeitig eine auf das Geschlecht als Frau ausgerichtete Dimension und lässt sich deshalb auch als sexuelle Belästigung erfassen.

Die Anforderung der Würdeverletzung setzt eine bestimmte Schwelle³⁵³, um Verhaltensweisen auszunehmen, die erkennbar auf einer Ungeschicklichkeit beruhen, wie etwa die drängende Aufforderung zum Geburtstag mit Sekt anzustoßen. Der Fokus wird aber nicht allein auf das Motiv der Täter gelegt, sondern auch auf die Wirkung bei den Opfern („bewirkt“). Gerade bei religiösen Würdeverletzungen handeln die Belästigenden oft in unreflektierter Naivität und transportieren dabei stigmatisierende Vorurteile („Muslime sind immer bewaffnet“; „Muslime sperren ihre Frauen zu Hause ein, während sie arbeiten“; „Musliminnen dürfen ihre Meinung nicht sagen“). Pauschale Zuschreibungen sind generell geeignet, die Würde eines Individuums zu verletzen, auch wenn die Verhaltensweise nicht darauf abzielt.

Das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der Schaffung eines feindlichen Umfelds ist bislang noch wenig konturiert worden. Wenig überzeugt die Auffassung, hierin nur einen Maßstab für die Schwere der Belästigung zu sehen³⁵⁴, da die Schwelle zu einer sanktionsauslösenden Verhaltensweise bereits mit der Bezugnahme auf die Menschenwürde gesetzt wurde. Gefordert wird vor allem, dass die Belästigungen das Arbeitsumfeld kennzeichnen oder prägen müssen.³⁵⁵ Abgestellt wird dabei aber nur auf das unmittelbare Umfeld und nicht etwa auf den gesamten Betrieb.³⁵⁶ Auch reicht es für die Kennzeichnung des Umfelds aus, wenn die Anfeindungen unter anderen Merkmalen charakteristisch für das Arbeitsklima sind. Sonst würde hier eine Hürde gesetzt, die sich auch unter Beweisgesichtspunkten kaum überwinden ließe. Das BAG kommt zu dem Schluss, dass ein feindliches Umfeld ein Verhalten von einer gewissen Dauer erfordere und einmalige Handlungen nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn sie besonders schwer wiegen.³⁵⁷

Die Zusatzanforderung erschwert den Rechtsschutz erheblich, weil ein „feindliches Umfeld“ deutlich schwerer darstellbar ist als einzelne, klar zu beschreibende Handlungen oder Vorgänge.

Wenn die Schwelle zur Belästigung nicht erreicht wird, kann sich das Verhalten der Kollegen auch als unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion darstellen und die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber nach § 12 Abs. 3 AGG verpflichten, dieses Verhalten durch geeignete Maßnahmen zu unterbinden. Der Anspruch auf Leistungsverweigerung nach § 14 AGG besteht jedoch nur, wenn der Tatbestand der Belästigung erfüllt ist.

352 Weller in Ghanea, S. 57, 66 f.

353 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/1780, S. 33; Schlachter in Müller-Glöge/Preiß (ErfK), 2010, § 3 AGG Rn. 13.

354 Thüsing in MüKo, 2007, § 3 AGG Rn. 58.

355 Bauer/Göpfert/Krieger, 2008, § 3 AGG Rn. 45; Thüsing in MüKom., 2007, § 3 AGG Rn. 284; Roloff in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 2010, § 3 AGG Rn. 30.

356 Schlachter in Müller-Glöge/Preiß (ErfK), 2010, § 3 AGG Rn. 15.

357 BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08.

4.5 Diskriminierung durch Kündigung

Kündigungen fallen nach § 2 Abs. 4 AGG nicht in den Anwendungsbereich des AGG, wogegen sie von den Richtlinien eindeutig erfasst werden³⁵⁸. In der Literatur wird hierin überwiegend ein Verstoß gegen die Umsetzungspflicht des Gesetzgebers gesehen³⁵⁹. Die Europäische Kommission hat aus diesem Grund am 31.12.2008 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Am 9.10.2009 forderte die Kommission eine Stellungnahme der Bundesregierung zur mangelnden Umsetzung des Schutzes vor diskriminierenden Kündigungen auch für die RL 2007/73/EG (Geschlecht).

Teilweise wird in der Literatur eine richtlinienkonforme Auslegung des KSchG sowie der Generalklausel des § 242 BGB für Beschäftigte außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG vorgeschlagen.³⁶⁰ Zu Recht wird jedoch auf zahlreiche Grenzen des Wortlauts sowohl in § 2 Abs. 4 AGG als auch den Regelungen zur Sozialauswahl nach dem KSchG hingewiesen.³⁶¹ Dagegen sind die materiellen Diskriminierungsverbote als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Primärrechts auch in den Rechtsbeziehungen von Privaten anzuwenden, wenn es sich – wie beim Diskriminierungsschutz – um einen Rechtsbereich handelt, in dem von der Gesetzgebungskompetenz der Union Gebrauch gemacht wurde.

Das BAG³⁶² entnimmt dem AGG selbst ohne Rückgriff auf eine richtlinienkonforme Auslegung das Gebot zur Anwendung der materiellen Regelungen. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG enthalte einen eindeutigen Anwendungsbefehl, der durch § 2 Abs. 4 AGG nicht aufgehoben werde, sondern lediglich mit den Regelungen des Kündigungsschutzes verschränkt wird. Die Regelungen des AGG sind hinsichtlich der Unwirksamkeit diskriminierender Kündigung daher in vollem Umfang im Rahmen des KSchG oder als Verbotsnormen im Rahmen des § 134 BGB oder über §§ 242, 138 BGB anzuwenden.³⁶³

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass damit das Problem des verkürzten Rechtsschutzes nicht geklärt werden könne. So gilt nach dem KSchG weder die Beweiserleichterung nach § 22 AGG, noch der Anspruch auf eine verschuldensunabhängige Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.³⁶⁴ Zum Teil soll auch die Beweiserleichterung im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 286 Abs. 1 ZPO für die Kündigungsklage wegen Diskriminierung umgesetzt werden³⁶⁵ oder die Grundsätze des Anscheinbeweises sollen richtlinienkonform angepasst werden.³⁶⁶

358 EuGH v. 11.7.2006 – C 13/05 **Navas**.

359 Hamacher/Ulrich, NZA 2007, 657; Bauer/Preis/Schunder, NZA 2006, 1261, 1262; Wisskirchen, DB 2006, 1491, 1495; Horn, 2009, S. 162.; Rolfs, NZA-Beilage 2008, 8, 13; Groh, 2009, S. 22; Degen, Streit 2007, 15; Sagan, NZA 2006, 1257, 1260; die Nichtanwendbarkeit des § 2 Abs. 4 AGG stellt das ArbG Osnabrück v. 5.2.2007 – 3 Ca 724/06 fest.

360 Bayreuther, DB 2006, 1842 ff.

361 Däubler in Däubler/Bertzbach, 2008, § 2 AGG Rn. 262; Voggenreiter in Rudolf/Mahlmann, 2007, § 8 Rn. 164; Kamanabrou, RdA 2006, 321, 323; Thüsing in MünKom., 2007, § 2 AGG Rn. 106.

362 BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07; BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 676/08.

363 So auch Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, 887, 890.

364 Singer in Hanau/Thau/Westermann, 2008, S. 703, 713 f.

365 Hamacher/Ulrich, NZA 2007, 659, Thüsing in MüKom. § 2 AGG Rn. 24.

366 Preis in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, Rn. 73a; Horn 2009, S. 138.

Das BAG hat jedoch in einer weiteren Entscheidung³⁶⁷ auch die Beweiserleichterung nach § 22 AGG bei Überprüfung einer Diskriminierung durch Kündigung angewendet und angedeutet, dass auch dem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG keine Hindernisse entgegenstehen.

Die inhaltlichen Kriterien für eine Kündigung aus religiösen Gründen entsprechen den Abwägungen für den Bereich der Einstellung und der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Eine unmittelbare Diskriminierung kommt im Bereich religiöser Träger nach einem Übertritt der Beschäftigten zum Islam in Betracht. Allein eine Verhaltensänderung durch das Tragen des Kopftuchs rechtfertigt keine Kündigung, wenn die Tätigkeit selbst dadurch nicht beeinträchtigt wird. Das Arbeitsgericht Köln hat dies auch im Fall einer Krankenschwester bei einem kirchlichen Träger (Caritas) so bewertet, weil die Religionszugehörigkeit für den kirchlichen Träger bei der Einstellung kein Kriterium war.³⁶⁸ Anders würde die Rechtsprechung die Verhaltensänderung bei einer Lehrerin bewerten, wenn die Kündigung auf dem landesgesetzlichen Verbot religiöser Symbole beruht.³⁶⁹

Im Übrigen wird es vorwiegend um religiös bedingte Verhaltensweisen gehen, die mit den Anforderungen an die Tätigkeit oder dem ungestörten Betriebsablauf kollidieren (siehe unter 4.4).

367 BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 642/08.

368 ArbG Köln v. 6.3.2008 – 19 Ca 7222/07.

369 BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08; BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 55/09; BVerwG v. 16.12.2008 – 2 B 46.08.

4.6 Diskriminierungen im Bereich der Arbeitsverwaltung

Der diskriminierungsfreie Zugang zu Beschäftigung ist nicht allein durch arbeitsrechtliche Regelungen zu gewährleisten, auch die dem Sozialrecht zuzurechnende Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktintegration muss so gestaltet sein, dass sich keine Benachteiligungen für Musliminnen und Muslime ergeben.

Die auf der Grundlage des SGB III und SGB II handelnden öffentlich-rechtlichen und privaten Akteure übernehmen eine wichtige Steuerungsfunktion beim Zugang zu Ausbildung und Arbeit.

Der Anwendungsbereich des AGG umfasst „den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG) sowie „den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG).

Durch § 2 Abs. 2 AGG wird für alle Leistungen nach dem SGB jedoch auf die Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen in § 33c SGB I und § 19a SGB IV verwiesen.³⁷⁰

§ 19a SGB IV als spezielle Regelungen für die Arbeitsvermittlung und Arbeitsmarktintegration verbietet Diskriminierungen bei der Gewährung von „Leistungen, die den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung, der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung betreffen“. Die Einführung des § 19a SGB IV durch das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. 8. 2006³⁷¹ dient der Umsetzung der Vorgaben in Art. 3 Abs. 1 Nr. b) der RL 2000/78/EG.

Durch die Verweisung des AGG auf § 19a SGB IV ergibt sich für den Bereich der Arbeitsmarktintegration eine geteilte Zuständigkeit.

Soweit Leistungen der Berufsberatung oder beruflichen Bildung erbracht werden und durch die Art oder den Umfang der Leistung oder die Bedingungen der Leistungsgewährung eine Benachteiligung eintritt, bestehen Ansprüche auf eine diskriminierungsfreie Leistungserbringung nach § 19a SGB IV. Ansprüche auf Entschädigung können nicht auf § 15 Abs. 2 AGG gestützt werden. Da in Abs. 2 im Unterschied zu den übrigen Absätzen des § 15 AGG kein Anspruchsgegner benannt wird, ist derzeit umstritten, ob die Ansprüche nur gegen den Arbeitgeber³⁷² oder auch gegen Dritte³⁷³ geltend gemacht werden können. Als Grundlage für einen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch kommt § 15 AGG als arbeitsrechtliche Regelung jedenfalls nicht in Betracht. Es bleibt daher sowohl in Fällen einer diskriminierenden Leistungserbringung oder -verweigerung als auch in Fällen von Belästigung beim Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB, Art. 34 GG).

³⁷⁰ Siehe im Einzelnen: Husmann, NZA-Beilage 2008, 94 ff.

³⁷¹ BGBl I 1897.

³⁷² Fuchs, BeckOK, 2010, § 15 AGG Rn. 7.

³⁷³ So Schlachter in ErfKom, 2010, § 15 Rn. 5.

Für diesen Bereich lassen sich verdeckte unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen nicht ausschließen, selbst wenn es den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern an jeder Benachteiligungsabsicht fehlt.

Besonders gefährdet sind Musliminnen mit Kopftuch, die bei der Gewährung beruflicher Qualifikationsmaßnahmen benachteiligt werden können, weil von einer fehlenden Vermittlungsperspektive ausgegangen wird.

Auch bei muslimischen Frauen nach einer Familienphase besteht die Gefahr, dass Leistungen der Berufsqualifizierung seltener angeboten werden, weil Arbeitsmarktprognosen wegen fehlender beruflicher Vorerfahrung und Annahmen über eine starke Familienorientierung, geringe Selbständigkeit etc. negativ ausfallen.

Die Religionszugehörigkeit dürfte bei Entscheidungen über Qualifizierungsmaßnahmen eine eher geringe Rolle spielen, bildet jedoch einen Teil des komplex zusammengesetzten Motivbündels.

Auf eine geringere Intensität der Eingliederungsmaßnahmen bei muslimischen Frauen deutet der Befund, dass Frauen mit einem türkischen Migrationshintergrund signifikant seltener als Frauen ohne Migrationshintergrund, aber auch als Männern, eine Eingliederungsvereinbarung (§ 15 SGB II) angeboten wird, dafür jedoch häufiger ein Jobangebot. Unter den Beschäftigungsangeboten befindet sich wiederum seltener eine Ausbildungsstelle.³⁷⁴ Auch die Tatsache, dass sich die Aktivierungsmaßnahmen im Rechtsbereich des SGB II auf Personen konzentrieren, die vor dem Leistungsbezug bereits am Arbeitsmarkt partizipiert haben³⁷⁵, lassen eine Benachteiligung von muslimischen Frauen vermuten, weil sie häufiger Familienarbeiten übernehmen und keiner Erwerbstätigkeit nachgehen als Frauen aus nicht muslimischen Kulturkreisen.³⁷⁶

Für andere Maßnahmen der Arbeitsmarktintegration besteht weder im AGG (durch den Verweis in § 2 Abs. 2 AGG) noch im Sozialrecht ein ausdrücklicher Schutz vor Diskriminierung. Das Diskriminierungsverbot des § 33c SGB I mit seinem Geltungsbereich für alle Sozialgesetze findet auf Benachteiligungen wegen der Religion keine Anwendung. Dies entspricht zwar nicht dem vom AGG vorgegebenen Anwendungsbereich in § 2 Abs. 1 AGG, wohl aber der RL 2000/78/EG, die den Sozialschutz (außerhalb des Bereichs Berufsberatung/-bildung) nicht umfasst.

Alle Maßnahmen der Arbeitsverwaltung sind jedoch am Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG (für unmittelbare Benachteiligungen) oder am Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 3 Abs. 1 GG (für mittelbare Benachteiligungen) zu messen (siehe 2.4.1).

Mittelbare Diskriminierungen außerhalb der Berufsberatung und Qualifizierung sind zu befürchten, wenn Musliminnen oder Muslime auf Grund bestimmter religiös bedingter Verhaltensweisen den Anforderungen der Arbeitsverwaltung nicht nachkommen können. So kann es etwa zur Ablehnung von Arbeitsangeboten kommen, weil die Tätigkeit den Umgang mit unreinen Lebensmitteln oder den Verzicht auf das Kopftuch erforderlich

374 IAQ u. a., 2009, S. 144 f.

375 A. a. O., S. 167.

376 Rückschluss aus den Ergebnissen zur familiären Rollenerwartung türkischer Frauen, a. a. O., S. 122.

macht. Denkbar sind auch Kündigungen von Konvertiten, wenn religiöse Verpflichtungen die Ausübung der Tätigkeit nicht mehr ermöglichen. Ebenso können sich Arbeitsabläufe so verändern, dass sie nicht mehr mit den religiösen Verpflichtungen vereinbar sind.

Im Bereich des SGB III führt die Ablehnung eines Arbeitsangebots oder der Verlust der Arbeitsstelle zu einer Sperrzeit (§ 144 SGB III). Letztlich kann auch die Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 SGB III) in Frage stehen.

Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt, weil eine vertraglich geschuldete Leistung aus religiösen Gründen nicht erbracht werden konnte, so handelt es sich um eine personenbedingte Kündigung, weil die religiöse Gewissensnot den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern keine Möglichkeit lässt, sich bewusst für ein bestimmtes Verhalten zu entscheiden. Wegen einer personenbedingte Kündigung darf keine Sperrzeit nach § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III verhängt werden.³⁷⁷

Grundsätzlich können sich auch Menschen im Leistungsbezug nach SGB III auf den Schutz der Religionsfreiheit berufen, wenn sie ein Arbeitsangebot aus religiösen Gründen nicht annehmen können.³⁷⁸ Jede Religionsausübung, die individuell als verbindlich angesehen wird, fällt in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 GG, ein Gesetzesvorbehalt besteht nicht. Umstritten ist allerdings, ob den entgegenstehenden Rechtspositionen, dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme und dem Interessen der Versicherungsgemeinschaft an einem schonenden Umgang mit den eingezahlten Beiträgen, eine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition zukommt. Nach einer anfänglich deutlichen Positionierung des BSG für den Schutz der Religionsfreiheit im Rahmen des Leistungsrechts der Arbeitslosenversicherung³⁷⁹, misst das Gericht in späteren Entscheidungen der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme einen aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten Grundrechtsschutz zu.³⁸⁰ Diese Entscheidungen sind in der Literatur auf Kritik gestoßen, weil sich aus der Rechtsprechung des BVerfG ein verfassungsrechtlicher Schutz des öffentlichen Interesses an der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme nicht entnehmen lasse.³⁸¹ Auch sei das durch Art. 12 GG geschützte individuelle berufliche Interesse der Versicherten zusätzlich in die Abwägung einzubeziehen.³⁸²

In der Konsequenz bedarf es jeweils einer Einzelfallentscheidung, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Gewichtung der religiösen Gewissensnot vorzunehmen hat.³⁸³ Das BSG bemüht sich um gewisse Kriterien, indem es einen „uneingeschränkten Vorrang dort [sieht], wo die Aufnahme einer angebotenen Arbeit objektiv nicht nur die Möglichkeit einer ständigen Gewissensverletzung in sich birgt, sondern sie diese unmittelbar konterkarieren muss, der Gegensatz also jedermann ohne weiteres einleuchtend auf der Hand liegt.“³⁸⁴

377 Steinmeyer in Gagel, 2010, § 121 Rn. 109 ff., 145.

378 BSG v. 10.12.1980 7 RAr 93/79 im Fall einer Siebenten-Tags-Adventistin, für die eine Tätigkeit am Samstag aus religiösen Gründen ausgeschlossen war.

379 BSG v. 10.12.1980 7 RAr 93/79.

380 BSG v. 23.6.1982 7 RAr 89/81; BSG v. 06.08.1998 – B 3 P 8/97 R; BSG v. 28.10.1987 7 RAr 8/86.

381 Kapp in BeckOK, 2010, § 10 SGB II, Rn. 65; Rixen in Eicher/Spellbring, 2008, § 10 Rn. 120 unter Verweis auf BVerfGE 69,1, 57 ff abweichende Meinung Böckenförde/Mahrenholz.

382 Bieback in von Maydell/Ruhland/Becker, 2008, § 21 Rn. 82.

383 Lüdtko in LPK-SGB III; 2008, § 121 Rn. 6; Bieback in von Maydell/Ruhland/Becker, 2008, § 21 Rn. 87.

384 BSG v. 28.10.1987 7 RAr 8/86.

In der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass bei einer echten religiösen Gewissensnot der Religionsfreiheit ein Vorrang vor der Funktionsfähigkeit der Sozialleistungssysteme zukommt.³⁸⁵

In jedem Fall müssen Leistungsempfänger jedoch nachweisen, dass bestimmte Verhaltensregeln für sie einen Verbindlichkeitsgrad besitzen, der ihnen die Tätigkeit unmöglich macht. Dafür kann es auch darauf ankommen, ob ein solches Verhaltensgebot zumindest von einer der Rechtsschulen des Islams aufgestellt wird.³⁸⁶

Eher hypothetisch sind bestimmte Fallkonstellationen, die zu einem völligen Wegfall der Vermittelbarkeit führen, zu denken ist an das Tragen einer Burka oder die Annahme, dass Frauen an ihrem Arbeitsplatz nicht mit Männern zusammenarbeiten dürfen.³⁸⁷ In diesen Fällen kann die Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt (§ 119 Abs. 5 SGB III) als Grundvoraussetzung für den Arbeitslosengeld-Bezug entfallen. Ein Leistungsanspruch besteht nicht mehr, weil die Leistung den Zweck der Arbeitsmarktintegration nicht mehr erfüllen kann.³⁸⁸

Im Bereich des SGB II kommen auf Grund gleicher Befunde Sanktionen nach § 31 SGB II in Betracht, wenn für die Arbeitsaufgabe oder die Ablehnung einer Tätigkeit keine wichtigen Gründe im Sinne des § 10 SGB II bestehen.

Die vom BSG entwickelten Kriterien für die Abwägung zwischen dem Recht auf Religionsausübung und den öffentlichen Interessen sind auf den steuerfinanzierten Leistungsbezug nach SGB II nicht ohne weiteres zu übertragen. Das BSG weist in seinen Entscheidungen darauf hin, dass Menschen zugunsten der Versichertengemeinschaft nicht auf die Freiheit der Religionsausübung vollständig zu verzichten hätten, sondern lediglich ein gewisses Opfer für ihre Glaubensüberzeugung (Hinnahme einer Sperrzeit) zu erbringen hätten.³⁸⁹ Wird der Mensch hingegen gezwungen, zwischen seiner Religionsausübung und der Sicherung seines materiellen Existenzminimums zu wählen, erfolgt ein Eingriff in den Kernbereich der Religionsfreiheit. Gleichzeitig ist eine derart ausweglose Lage auch als Verletzung des Menschenwürdeprinzips (Art. 1 Abs. 1 GG) zu werten, weil der Mensch zum Objekt staatlichen Handelns degradiert wird. Staatliche Institutionen dürfen Menschen nicht ohne weiteres für ein Verhalten sanktionieren, zu welchem sie sich aus einem religiösen Gebot heraus verpflichtet fühlen, auch wenn das Verhalten als solches einer gesetzlich festgelegten Sanktion unterliegt.³⁹⁰

Leistungsbezieher obliegt es aber, im Rahmen der Mitwirkungspflichten den Nachweis einer echten religiösen Gewissensnot zu erbringen.³⁹¹ Als Gewissensentscheidung qualifiziert das BVerfG „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung [anzusehen], die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.³⁹²

385 Gagel, 2010, § 121 Rn. 112; Berlit, info also 2003, 166, 167; Bieback in von Maydell/Ruhland/Becker, 2008, § 21 Rn. 88, Lüdtke in LPK-SGB III; 2008, § 121 Rn. 6; Rixen in Eicher/Spellbrink, 2008, § 10 Rn. 121, 121a.

386 BSG v. 10.12.1980 7 RA r 93/79; Hackethal in jurisPK-SGB II, 2009, § 10 Rn. 13.

387 findet nach überwiegender Auffassung keine Stütze im Koran, Zentralrat der Muslime Deutschlands, www.islam.de/FAQ-Antworten; Hoevens, 2003, S. 214.

388 Gagel, 2010, § 121 Rn. 113.

389 BSG v. 23.6.1982 7 RA r 89/81; BSG v. 28.10.1987 7 RA r 8/86.

390 BVerfG v. 19.10.1971 1 BvR 387/65; BVerfG v. 24.4.1985 2 BvF 2/83.

391 Berlit, info also 2003, 166, 167; Kapp in BeckOK, 2010, § 10 SGB II, Rn. 67.

392 BVerfG v. 20.12.1960 – 1 BvL 21/60; BVerfG v. 24.4.1985 2 BvF 2/83.

Nach der Systematik des SGB II ist die Erwerbsfähigkeit im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II nicht aufgehoben, wenn aus religiösen Gründen praktisch keine Beschäftigung aufgenommen werden kann.³⁹³ Sanktionen dürfen nicht verhängt werden, soweit es sich um eine wirkliche religiöse Gewissensnot handelt.³⁹⁴ Das religiöse Gebot führt entweder zur Unzumutbarkeit, weil die Arbeitsaufnahme aus seelischen Gründen nicht möglich ist (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 SGB II)³⁹⁵ oder weil ihr ein wichtiger Grund entgegen steht (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II)³⁹⁶. Nicht ausgeschlossen sind jedoch Maßnahmen zur Heranführung an den Arbeitsmarkt, soweit auf die religiösen Verhaltenspflichten Rücksicht genommen wird.

Tatsächlich handelt es sich nur um extrem seltene Einzelfälle, bei denen eine Arbeitsaufnahme aus religiösen Gründen nicht möglich ist. Meist geht es entweder darum, dass einige Arbeitsbereiche ausgeschlossen sind oder dass eine Berufstätigkeit zunächst fremd oder sogar abwegig erscheint. Eine kleine Gruppe von Musliminnen, deren gesamtes bisheriges Leben von Familienarbeit geprägt war, steht einer Erwerbstätigkeit ablehnend, vor allem aber verängstigt gegenüber, weil in ihrem bisherigen Lebenskonzept eine außerhäusliche Tätigkeit nicht vorstellbar war.³⁹⁷ Eine Erwerbstätigkeit scheitert in diesen Fällen nicht an einem religiösen Gebot, erfordert aber eine kultursensible Vorbereitungsphase.

Auch das Diskriminierungsverbot des § 33c SGB I kann für Muslime/innen relevant werden, wenn eine mehrdimensionale Diskriminierung vorliegt, die unter anderem auch einen Bezug zur Ethnie aufweist oder die aus rassistischen Gründen erfolgt.

Ein weiteres Diskriminierungsverbot findet sich in § 36 Abs. 2 SGB III für die Arbeitsvermittlung. Vermittlungsgesuche von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern dürfen Einschränkungen hinsichtlich u.a. der Religion oder Ethnie nur enthalten, wenn sie nach dem AGG zulässig sind.

Diese Regelung bietet besondere Anwendungsschwierigkeiten bei Vermittlungsgesuchen kirchlicher Anstellungsträger. Ob die Forderung nach Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche nach dem AGG zulässig ist, lässt sich nicht ohne detaillierte Beschäftigung mit der Art der Tätigkeit feststellen und bleibt auch weiterhin rechtlich umstritten.

Im Übrigen dürften bei Vermittlungsgesuchen kaum Einschränkungen hinsichtlich der Religionszugehörigkeit erfolgen. Denkbar sind dagegen Hinweise auf bestimmte Anforderungen an die Tätigkeit wie: „Die Tätigkeit kann nur ohne Kopfbedeckung ausgeführt werden“, „Die Tätigkeit ist mit dem Ausschank alkoholischer Getränke verbunden“ etc. Auch hier sind die Arbeitsagenturen nicht ohne umfangreiche Prüfung feststellen, ob es sich um eine zulässige Anforderung in Übereinstimmung mit § 8 AGG handelt, oder ob die Anforderung dem Zweck dient, muslimische Bewerberinnen und Bewerber abzuschrecken, und damit als verdeckte unmittelbare Diskriminierung zu bewerten ist.

393 A. A. noch im Rahmen des BSHG: VG Mainz v. 26.2.2003 1L 98/03.MZ.

394 Luchte, SGB 2006, 637.

395 Brühl in LPK-SGB II, 2009, § 10 Rn. 14.

396 Geiger, 2009, S. 151;

397 Zu den Vorbehalten und Ängsten gegenüber den Erwerbsanforderungen der Grundsicherungsstellen siehe die Einschätzung des Fachpersonals in Grundsicherungsstellen, IAQ u. a., 2009, S. 134 f.

Musliminnen und Muslime können auch von diskriminierenden Ausschreibungen betroffen sein, die nicht auf die Religionszugehörigkeit, sondern auf die nicht-deutsche Herkunft abzielen, wie etwa die Anforderung „Muttersprache Deutsch“.³⁹⁸

Ansprüche gegen private Leistungserbringer, die auf der Grundlage von Aufträgen der Arbeitsverwaltung oder von Leistungsvereinbarungen tätig werden, richten sich dagegen nach den zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen (§ 21) des AGG.

Zusammenfassend lassen sich für den Bereich der Arbeitsverwaltung folgende Diskriminierungsrisiken für Muslime/innen erfassen:

- | Benachteiligung bei dem Umfang von Maßnahmen der beruflichen Qualifizierung,
- | Benachteiligungen bei den Bemühungen um eine (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt,
- | Unberechtigte Sanktionen wegen Verhaltensweisen, die auf religiösen Gewissensentscheidungen beruhen,
- | Unangemessenes, abweisendes oder herabwürdigendes Verhalten von Mitarbeitern/innen der Arbeitsverwaltung oder Kommunen gegenüber Musliminnen und Muslimen,
- | Übernahme von Vermittlungsgesuchen, die verdeckt Musliminnen und Muslime oder auch Migrantinnen und Migranten allgemein ausschließen sollen.

398 Siehe ArbG Berlin v. 11.02.2009 – 55 Ca 16952/08.

5.

Diskriminierungsschutz

5.1 Rechtsschutz nach dem AGG

5.1.1 Einstellungsanspruch

Das AGG enthält keine Anspruchsgrundlage für die Begründung eines Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnisses oder die Gewährung eines beruflichen Aufstiegs. § 15 Abs. 6 AGG schließt diese Ansprüche ausdrücklich aus. Auch die Richtlinien verlangen lediglich hinreichend wirksame Sanktionen (so Art. 17 RL 2000/78/EG), überlassen die Ausgestaltung jedoch den Mitgliedstaaten.³⁹⁹

Ansprüche aus anderen Rechtsgründen bleiben ausdrücklich vorbehalten (§ 15 Abs. 6 AGG). Für den öffentlichen Dienst kann der Anspruch auf ein gleichheitsgerechtes Zugangungsverfahren (Art. 33 Abs. 2 GG) im Einzelfall zu einem unmittelbaren Einstellungsanspruch führen, wenn diskriminierte Bewerberinnen oder Bewerber die objektiv beste Eignung aufweisen. Dem Dienstgeber kommt jedoch ein Beurteilungsspielraum zu, der durch das Gericht nicht ersetzt werden kann.⁴⁰⁰

Ob sich aus §§ 823 Abs. 1 oder 826 BGB im Einzelfall Ansprüche auf Begründung eines Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses ergeben können, ist umstritten⁴⁰¹; immer muss hier aber eine schuldhafte Verletzungshandlung durch den Arbeitgeber vorliegen. Von einem schuldhaften Verhalten seiner Beschäftigten kann er sich exkulpiert (§ 831 Abs. 1 BGB).

Für den beruflichen Aufstieg innerhalb des Unternehmens können Tarifverträge eine Anspruchsgrundlage bilden⁴⁰², wenn sie z. B. Regelungen zum Bewährungsaufstieg oder zu den Auswahlverfahren enthalten.

Der fehlende Einstellungsanspruch wirkt sich als wesentliche Hürde für die Bekämpfung von Diskriminierungen im Arbeitsbereich aus. Die besonderen Zugangsschwierigkeiten von Musliminnen und Muslimen zum Arbeitsmarkt lassen sich durch finanzielle Entschädigungen nicht hinreichend ausgleichen. Insbesondere junge Menschen, die einen erstmaligen Zugang zu Ausbildung oder Beschäftigung suchen, erleiden Nachteile durch Diskriminierungen, die sich dauerhaft auf ihre Lebensbiographie auswirken können. Selbst bei

399 So für die RL 76/207/EWG (Geschlecht) EuGH v. 10.4.1984 – C-14/83 **Colson/Kamann**.

400 Deinert in Däubler/Bertzbach, 2007, § 15 Rn. 132.

401 Im Einzelfall bejahend Kocher in Schiek, 2007, § 15 Rn. 71 m. w. N.; a. A.: Voggenreiter in Rudolf/Mahlmann, 2007, S. 350.

402 Hierauf verweist die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/1780, S. 38.

Kenntnis der gesetzlichen Ansprüche fällt die subjektive Kosten-Nutzen-Analyse hinsichtlich der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens bei fehlender Aussicht auf Einstellung negativ aus, sodass auf Rechtsschutz verzichtet wird.

Gleichzeitig sind Einstellungsverfahren grundsätzlich von intransparenten Entscheidungsmotivationen gekennzeichnet, sodass sich Vorurteile gegen die islamische Religionszugehörigkeit – sei sie erkennbar oder auf Grund der Herkunft unterstellt – problemlos verschleiern lassen.

Wirksame Verfahren müssen das Augenmerk stärker auf die Gestaltung der Einstellungsverfahren selbst legen als ausschließlich auf die formalen Rechtsmittelverfahren (siehe unter 5.2.2).

5.1.2 Kündigungsschutz

Im Rahmen des § 1 KSchG sowie der allgemeinen Generalklauseln des BGB (§§ 138, 242 BGB) sind sowohl die materiell-rechtlichen Regelungen als auch die Verfahrensvorschriften des AGG anzuwenden (siehe unter 4.5). In der Praxis relevant sind Klagen gegen personenbedingte Kündigungen wegen des Tragens eines Kopftuchs und wegen der Weigerung, aus religiösen Gründen bestimmte Tätigkeiten zu übernehmen oder bestimmten Weisungen Folge zu leisten. Grundsatzverfahren bieten gute Möglichkeiten der gerichtlichen Feststellung von Schutzstandards.

Betriebsbedingte Kündigungen können mit verdeckten Diskriminierungen wegen der Religionszugehörigkeit oder intersektioneller Diskriminierung wegen Religion, Ethnie und Geschlecht einhergehen. So können betriebsorganisatorische Entscheidungen erfolgen, um bestimmte Personen aus dem Unternehmen zu entfernen. Z. B. wird eine mit zwei Personen besetzte Abteilung aufgelöst, um das Arbeitsverhältnis mit einer kopftuchtragenden Mitarbeiterin zu beenden. Da die organisatorische Gestaltung grundsätzlich in den Bereich der gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren unternehmerischen Freiheit gehört⁴⁰³, sind derartige verdeckte Diskriminierungen im Kündigungsschutzverfahren nur sehr schwer aufzudecken. Wird der Arbeitsplatz – mit ähnlicher Arbeitsplatzbeschreibung in einer anderen Abteilung angesiedelt – durch eine neue Mitarbeiterin oder einen neuen Mitarbeiter besetzt, so werden dadurch Indizien für eine Diskriminierung im Sinne des § 22 AGG geschaffen.

Auch bei der Sozialauswahl können verdeckte Diskriminierungen auftreten, die zur Rechtswidrigkeit der Kündigung führen. Ein direkter Zusammenhang zwischen der muslimischen Religionszugehörigkeit und der Auswahlentscheidung wird in der Praxis kaum nachweisbar sein. Auch der statistische Nachweis einer mittelbaren Benachteiligung einer bestimmten Gruppe wird an der ethnischen Herkunft von Beschäftigten aus islamisch geprägten Staaten anzuknüpfen haben, da die tatsächliche Religionszugehörigkeit der Beschäftigten nicht erfasst wird. Sind etwa deutlich mehr türkischstämmige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Kündigungen betroffen als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sonstiger Herkunft, so liegt darin eine mittelbare mehrdimensionale Benachteiligung. Sie

⁴⁰³ Ständige Rechtsprechung des BAG: u. a. v. 22.9.2005 – 2 AZR 208/05; v. 18.10.2006 – 2 AZR 434/05; v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06; Oetker in ErfK., Stand 2010, § 1 KSchG Rn. 239; kritisch hierzu: Schubert in Däubler u. a., 2008, § 1 KSchG Rn. 421.

kann durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein, wenn sich etwa nachweisen lässt, dass die türkischstämmigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eine deutlich kürzere Betriebszugehörigkeit aufweisen. Auch das Aufstellen einer Auswahlrichtlinie nach § 1 Abs. 4 KSchG hindert die Überprüfung auf diskriminierende Auswahlentscheidungen nicht.

Statt einer Kündigungsschutzklage kann auch ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG oder auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend gemacht werden.

Die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG präkludiert nicht die Ansprüche nach § 15 AGG mit der Frist zur Geltendmachung von zwei Monaten ab Kenntnis (§ 415 Abs. 4 AGG) und der weiteren Klagefrist von drei Monaten (§ 61b ArbGG).⁴⁰⁴

5.1.3 Schadensersatz

Schadensersatzansprüche nach § 15 Abs. 1 AGG können auf Grund der verschiedenen Benachteiligungsformen wegen eines **materiellen** Schadens gegen die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber geltend gemacht werden, soweit ihr/ihm ein schuldhaftes (vorsätzliches oder fahrlässiges) Verhalten vorzuwerfen ist.

Der Schaden kann insbesondere bestehen in

- nicht realisiertem Erwerbseinkommen wegen Nichteinstellung,
- nicht realisierter Einkommenssteigerung wegen nicht erfolgter Beförderung,
- Kostenaufwendung für das Bewerbungsverfahren,
- Kosten der medizinischen Behandlung einschließlich Psychotherapie, die durch eine Benachteiligung, insbesondere eine (sexuelle) Belästigung, erforderlich werden.

Ein Schadensersatzanspruch besteht auch bei einer diskriminierenden Kündigung wegen des entgangenen Erwerbseinkommens. Er kann im Einzelfall deutlich höher ausfallen als der Anspruch auf Abfindung nach §§ 1a, 9 KSchG.

Anerkanntermaßen ist der Schadensumfang am positiven Interesse der Betroffenen zu bemessen; die tatsächliche Situation ist also mit der Situation zu vergleichen, die bei einer diskriminierungsfreien Entscheidung eingetreten wäre. Lässt sich nur die Diskriminierung nachweisen, nicht aber, dass ohne die Diskriminierung die Einstellung oder Beförderung tatsächlich erfolgt wäre (Bestplatzierung), so können als Schadensersatz nur die Kosten der Bewerbung geltend gemacht werden.⁴⁰⁵ Ein angemessener Ausgleich erfolgt in diesen Fällen über die Entschädigung (siehe unten).

Hinsichtlich des konkreten Maßstabs für den Schaden bei nicht erfolgter Einstellung oder Beförderung wegen der Diskriminierung sind verschiedene Berechnungsmethoden denkbar. Vorgeschlagen wird der Entgeltanspruch bis zum ersten möglichen Kündigungszeitpunkt⁴⁰⁶, bis zum Ablauf der Probezeit⁴⁰⁷ oder für die im Unternehmen bestehende durch-

404 Deinert in Däubler/Bertbach, 2008, § 15 Rn. 41.

405 Deinert, AiB 2006, 741, 743; Berg in Däubler u. a., 2008, § 15 AGG Rn. 6.

406 Bauer/Göpfert/Krieger, 2008, § 15 AGG Rn. 27; Deinert in Däubler/Bertbach, 2008, § 15 Rn. 41.

407 ArbG Berlin v. 13.7.2005 – 86 Ca 24618/04.

schnittliche Beschäftigungsdauer⁴⁰⁸. Bei einer nicht erfolgten Beförderung kommt auch die Einkommensdifferenz bis zur Erreichung des Rentenalters in Betracht.⁴⁰⁹

Der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen stehen jedoch besondere Hürden entgegen. Zum einen wird ein schuldhaftes Handeln des Arbeitgebers vorausgesetzt, welches auch die Haftung für Erfüllungsgehilfen, etwa die Personalverantwortlichen, nach § 278 BGB umfasst. Soweit Indizien für eine Benachteiligung vorliegen, obliegt dem Arbeitgeber nach der Beweislast des § 22 AGG der Nachweis eines schuldlosen Verhaltens. Ein Teil der Literatur erachtet das Verschuldenserfordernis als gemeinschaftsrechtswidrig, weil gerade bei erheblichen materiellen Schäden der Ersatzanspruch relativiert werde.⁴¹⁰ Ein anderer Teil sieht in dem verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch eine Ausgleichsmöglichkeit, durch die der Anforderung nach wirksamen Sanktionen Genüge getan werden kann.⁴¹¹ Durch die gesetzliche Vorgabe, die Entschädigung unter Berücksichtigung aller Umstände in angemessener Höhe festzusetzen, kann den Anforderungen der RL, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festzulegen, durchaus Rechnung getragen werden.

Praktisch begrenzt wird die Relevanz des Schadensersatzanspruchs auch durch die Schwierigkeiten beim Nachweis eines materiellen Schadens, welcher in vollem Umfang vom Geschädigten zu erbringen ist, weil die Beweiserleichterung des § 22 AGG nicht auf den Nachweis des Schadens zu erstrecken ist.⁴¹²

5.1.4 Entschädigung

Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 7 i. V. m. § 1 AGG voraus.⁴¹³ Der Anspruch richtet sich gegen die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber; auf ein Verschulden kommt es nicht an.

Es muss ein Kausalzusammenhang zu einem der Diskriminierungsgründe aus § 1 AGG bestehen. Entweder muss an dem Grund angeknüpft werden oder die Entscheidung muss aus einem der Gründe heraus motiviert sein. Es reicht eine Motivation in einem komplexen Motivationsbündel (BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07). Auch eine lediglich objektiv benachteiligende Wirkung auf Beschäftigte (soweit nicht gerechtfertigt oder unverhältnismäßig), die sich nach einem der Kriterien des § 1 AGG als Gruppe bestimmen lassen, löst einen Entschädigungsanspruch aus.

Auch für die Entschädigung kommt es nach § 7 Abs. 1 Halbsatz 2 AGG nicht darauf an, ob ein Merkmal, an dem die Diskriminierung anknüpft – hier die Zugehörigkeit zur islamischen Glaubensgemeinschaft – tatsächlich vorliegt oder nur angenommen wird.⁴¹⁴ Werden etwa Personen aus überwiegend islamisch geprägten Staaten wie der Türkei, dem Libanon oder dem Irak aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen oder bei der Aufstiegsbeförderung übergangen, so liegt eine Diskriminierung wegen der Religion vor, auch wenn die benachteiligte Person einer anderen oder gar keiner Glaubensgemeinschaft angehört.

408 Wagner, AcP 206 (2006), 352, 396.

409 So ausdrücklich LAG Berlin-Brandenburg v. 26.11.2008 – 15 Sa 517/08; Thüsing, 2007, Rn. 242; a. A.: Adomeit/Mohr, 2007, § 15 AGG Rn. 27; Bauer/Göpfert/Krieger, 2008, § 15 AGG Rn. 27.

410 Deinert in Däubler/Bertzbach, 2008, § 15 Rn. 30.

411 Bauer/Evers, NZA 2006, 893.

412 Bufalica in Däubler u. a., 2008, § 22 AGG Rn. 5.

413 BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07.

414 BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; Adomeit/Mohr, 2007, § 7 Rn. 10.

Eine Persönlichkeitsverletzung ist bereits durch die Diskriminierung indiziert. Einer Verletzung der persönlichen Ehre oder Würde bedarf es darüber hinaus nicht.⁴¹⁵ Die Belästigung wegen der Religion ist jedoch häufig mit einer besonderen Würdeverletzung verbunden, diese ist bei der Festsetzung der Höhe der Entschädigung besonders zu würdigen.

Eine Begrenzung des Entschädigungsanspruchs wird in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG für Diskriminierungen während des Einstellungsverfahrens festgelegt. Sie gilt nur, wenn die Einstellung auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erfolgt wäre. Zugleich wird damit ein Entschädigungsanspruch bereits dann eingeräumt, wenn eine Aussonderung im Bewerbungsverfahren wegen eines vorliegenden oder angenommenen Merkmals nach § 1 AGG erfolgte. Aussonderungen wegen der Religionszugehörigkeit erfolgen mangels Angaben in den Bewerbungsunterlagen entweder wegen eines erkennbar getragenen religiösen Symbols (Kopftuch) oder wegen einer auf der Grundlage anderer Merkmale (Name, Geburtsort, Staatsangehörigkeit) angenommenen Religionszugehörigkeit.

Es zeigt sich, dass die Ablehnungsmotive nur sehr selten offen gegenüber den Bewerberinnen und Bewerbern bekannt werden⁴¹⁶, sodass für die Aufdeckung von Diskriminierungen Testing-Verfahren als Grundlage von Entschädigungsverfahren unverzichtbar sind. Zeigt sich, dass Bewerberinnen oder Bewerber, denen ein islamisches Bekenntnis zugeschrieben wird, bei mindestens gleicher fachlicher Eignung gegenüber anderen Bewerberinnen oder Bewerbern nicht in die Auswahl einbezogen werden, so liegen hinreichende Indizien für eine Diskriminierung vor, die nach den Beweisregeln des § 22 AGG nur durch den Vollbeweis der Nichtdiskriminierung widerlegt werden können.

Das BAG verlangt allerdings zusätzlich zur Aussonderung aus dem Bewerbungsverfahren wegen eines Merkmals nach § 1 AGG die objektive Eignung für die angebotene Beschäftigung.⁴¹⁷ Die Prüfung dieser Eignung wirft jedoch erhebliche Probleme auf; keineswegs kann ausschließlich auf die Anforderungen in einer Stellenausschreibung (soweit vorhanden) rekurriert werden, weil hier bisweilen Wunschvorstellungen formuliert werden, die keineswegs als objektive Anforderungsvoraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit angesehen werden müssen. So werden etwa Hochschulabschlüsse gefordert, obwohl die Eignung auch durch andere Qualifizierungen oder auf der Grundlage anderer akademischer Abschlüsse erworben werden kann. Ebenso werden Berufserfahrungen in bestimmten Sektoren verlangt, die auch durch berufliche Tätigkeiten in anderen Sektoren des Arbeitsmarkts kompensiert werden können.⁴¹⁸

Der Gesetzeswortlaut des § 15 Abs. 2 AGG setzt den Nachweis der objektiven Eignung nicht voraus, sondern lässt eine diskriminierende Verfahrensweise für den Entschädigungsanspruch ausreichen.⁴¹⁹ Richtigerweise ist die Frage der Eignung daher erst bei der Frage zu prüfen, ob die Aussonderung aus dem Bewerbungsverfahren auf Gründe gestützt werden kann, die in keinem Zusammenhang mit den Merkmalen nach § 1 AGG stehen. Diese Prü-

⁴¹⁵ Kocher in Schiek, 2007, § 15 Rn. 32.

⁴¹⁶ Eine seltene Ausnahme bildet die Ablehnung wegen des Kopftuchs, die der Entscheidung v. 29.10.2009 – 5 CA 226/09 zugrunde lag.

⁴¹⁷ BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09; BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 536/08; so auch: LAG Baden-Württemberg v. 13.8.2007 – 3 Ta 119/07; LAG Köln v. 15.2.2008 – 11 Sa 923/07; LAG Mainz v. 11.1.2008 – 6 Sa 522/07; LAG Hamburg v. 29.10.2008 – 3 Sa 15/08; Walker, NZA 2009, 5, 6.

⁴¹⁸ Siehe zum Urteil des LAG Hamburg v. 29.10.2008 auch: Kocher, AuR 2009, 78 ff.

⁴¹⁹ So richtigerweise Sächs. OVG v. 24.2.2010 – 2 A 161/09.

fungsfolge trägt auch dem Schutzgedanken des Europäischen Antidiskriminierungsrechts Rechnung, welches nicht allein auf den Individualschutz zielt, sondern auch diskriminierenden Verfahrensabläufen, unabhängig von einem zu identifizierenden Opfer, durch Sanktionen entgegenwirken will.⁴²⁰

Exemplarische Entschädigungsverfahren bei Nichtberücksichtigung von Musliminnen mit Kopftuch können der verbreiteten Auffassung, diese Frauen seien für alle Tätigkeiten mit Publikumskontakt objektiv ungeeignet, entgegenwirken und die Wahrnehmung von Musliminnen in der Arbeitswelt „normalisieren“. Erfolge sind jedoch nur zu erwarten, wenn die betroffenen Frauen, insbesondere auch junge Ausbildungsplatzsuchende, die erforderliche öffentliche und institutionelle Unterstützung erhalten.

Das Fehlen eines Verbandsklagerechts erweist sich für die Sanktionierung diskriminierender Einstellungspraktiken als hinderlich, da das Individualklagerecht stets ein individuelles Opfer erfordert. Diskriminierung kann aber auch durch das Aufdecken von Diskriminierungsvorgängen wirksam bekämpft werden. Die Benachteiligung von Bewerberinnen und Bewerbern aus islamisch geprägten Staaten oder mit türkischen oder arabischen Namen könnte durch Testing-Verfahren zunächst aufgedeckt und über den Entschädigungsanspruch sanktioniert werden. Gerade hier fehlt sowohl den Personalverantwortlichen als auch den Bewerberinnen und Bewerbern häufig das Bewusstsein für die in einem diffusen Motivationsbündel enthaltenen Elemente auf die Religion bezogener Vorurteile. Testing-Verfahren könnten religionsbedingte Ursachen erkennbar machen. Nach § 4 AGG reicht es für die Feststellung einer Benachteiligung, dass diese unter anderem auch wegen der Religionszugehörigkeit erfolgt.

Für Testing-Verfahren kann sich die bisherige Rechtsprechung, die eine ernsthafte Bewerbungsabsicht zur Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs macht⁴²¹, als ausgesprochen hinderlich erweisen. Nur durch fingierte Vergleichsbewerbungen ohne ernsthafte Bewerbungsabsichten können die Muster in den Entscheidungsprozessen aufgedeckt werden. Auch hier ist daran zu erinnern, dass der Diskriminierungsschutz nicht nur das individuell betroffene Opfer im Auge hat, sondern auch ein allgemein gesellschaftliches Interesse an der Beseitigung diskriminierender Verfahrensabläufe reflektiert.⁴²² Durch ein Verbandsklagerecht könnte der Rechtsschutz gegen Diskriminierung vom individuellen Opferschutz abgelöst werden und sich auf die Identifizierung von Diskriminierungsmechanismen konzentrieren. In diesen Verfahren sollte die individuelle Entschädigung durch eine Strafzahlung zugunsten der Antidiskriminierungsarbeit ersetzt werden.

So könnten durch einen Interessenverband oder eine Arbeitnehmervertretung zwei Gruppen von fingierten Bewerbungen gebildet werden, die sich durch Namen, Geburtsort und Staatsangehörigkeit in eine islamisch geprägte und eine nicht islamisch geprägte Herkunft unterscheiden ließen, im Eignungsprofil jedoch vergleichbar wären. Kommt es zu einer signifikant unterschiedlichen Behandlung im Bewerbungsverfahren, sind damit Indizien für eine Benachteiligung wegen der Religion und der Herkunft (in einem untrennbaren Zusammenwirken) nachgewiesen und dem Arbeitgeber obliegt nach § 22 AGG der Nachweis, dass die Unterschiede auf Gründen beruhen, die in keinem sachlichen Zusammen-

420 EuGH v. 10.7.2008 – C-54/07, **Feryn**; siehe auch Tolmein, jurisPR-ArbR 13/2010 Anm. 2.

421 LAG Hamm v. 22.11.1996 – 10 Sa 1069/96; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.8.1996 – 4 Ta 162/96.

422 Kritisch auch: Kocher in Schiek, 2007, § 15 Rn. 45.

hang mit den Merkmalen nach § 1 AGG stehen. In einem Verbandsklageverfahren könnte der Test-Charakter offengelegt werden und der Klageantrag auf eine Strafzahlung gerichtet sein, die der Finanzierung weiterer Antidiskriminierungsaktivitäten zugutekäme.

Auch die kurzen Ausschlussfristen erweisen sich angesichts der Informationsdefizite und der zumindest subjektiv empfundenen Schwelle beim Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz als problematisch, wenn auch nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH als europarechtlich zulässig.⁴²³

5.1.5 Leistungsverweigerungsrecht

§ 14 AGG berechtigt zur Leistungsverweigerung, wenn Arbeitgeber keine geeigneten Maßnahmen gegen Belästigungen oder sexuelle Belästigungen durch Kolleginnen und Kollegen, Vorgesetzte oder Kunden treffen. Der Anspruch setzt in der Regel eine Beschwerde beim Arbeitgeber voraus, es sei denn, die Kenntnis der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers steht bereits fest. Wenn die Belästigung so schwerwiegend ist, dass eine Fortsetzung der Tätigkeit nicht zumutbar erscheint oder die Belästigung vom Arbeitgeber selbst ausgeht, kann die Arbeit auch ohne Beschwerde verweigert werden oder zumindest vorläufig zurückgehalten werden.

Werden von Kolleginnen oder Kollegen etwa islamfeindliche Plakate oder pornographische Bilder in der Küche oder Toilette aufgehängt, so wird die Beschwerde bei der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber zumutbar sein, weil die betroffene Muslimin sich vorübergehend dem Anblick entziehen kann. Anders verhält es sich, wenn die Plakate im Sichtfeld des Arbeitsplatzes einer Muslimin aufgehängt werden und sie sich dem Anblick nur durch Einstellung ihrer Tätigkeit entziehen kann. Zu einer umgehenden Benachrichtigung der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers bleibt sie verpflichtet, um ihm Gelegenheit zu geben, geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Eine vorübergehende Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes bis zur Wiederherstellung ist zumutbar, weil dadurch keine Viktimisierung erfolgt, nicht aber eine dauerhafte Umsetzung des Opfers der Belästigung.⁴²⁴

In der Praxis wird von diesem Anspruch jedoch nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht, weil die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer das volle Risiko des Arbeitsplatzverlustes bei einer abweichenden Bewertung durch die Gerichte tragen.⁴²⁵ Angesichts des komplex aufgebauten Tatbestands der Belästigung (kumulative Anforderung „feindliches Umfeld“, siehe 4.4.2), werden sich nur selten eindeutige Fallgestaltungen ergeben. Der Umgang mit Belästigungen am Arbeitsplatz erfordert daher eine besondere Aufmerksamkeit durch die Beschäftigtenvertretungen und bei der konkreten Ausgestaltung eines Beschwerdemanagements.

Kein Leistungsverweigerungsrecht, sondern ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB kann sich im Einzelfall ergeben, wenn die Religionsausübung am Arbeitsplatz unzulässig eingeschränkt wird, etwa weil keine Gebetspausen eingeräumt werden oder wenn durch Arbeitgeber oder Vorgesetzte unzumutbare Tätigkeiten übertragen werden. Vorausset-

423 EuGH, Urteil vom 8. 7. 2010 – C-246/09 auf das Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG des LAG Hamburg.

424 Siehe Voggenreiter in Rudolf/Mahlmann, 2007, S. 368 f.

425 Kocher in Schiek, 2007, § 14 Rn. 8; Schlachter in ErfK., 2010, § 14 Rn. 1.

zung ist in der Regel die Weigerung der Arbeitgeber, auf die persönlichen religiösen Belange der Arbeitnehmer einzugehen und eine mit den betrieblichen Anforderungen vereinbare Gestaltung festzulegen.

5.1.6 Rechtsmittel der Beschäftigten-Vertretungen

Für Betriebsräte und die in einem Betrieb vertretene Gewerkschaft besteht die Möglichkeit, gegen bestimmte diskriminierende Verfahren der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber nach § 17 Abs. 2 AGG vorzugehen. Voraussetzung ist allerdings, dass ein grober Verstoß gegen Vorschriften des AGG für den Bereich der Beschäftigung bereits erfolgt ist. Als Maßstab für die Qualifizierung als „grob“ soll dabei die Regelung des § 23 Abs. 3 BetrVG gelten, nach der ein mehrmaliger und erkennbarer Rechtsverstoß gefordert wird. Ein grober Verstoß ist ausgeschlossen, wenn die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber sich auf die Verteidigung ihrer/seiner Rechtsposition in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage berufen kann.⁴²⁶

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung soll für das Verfahren nach § 17 Abs. 2 AGG die Beweiserleichterung des § 22 AGG nicht gelten, da sie nur den von Diskriminierung Betroffenen zugutekomme.⁴²⁷ Auch die formale Beweislast kommt es im Verfahren nach § 17 Abs. 2 AGG jedoch nicht an, da für das Beschlussverfahren (ergibt sich aus dem Verweis auf § 23 Abs. 3 BetrVG) der Ermittlungsgrundsatz (§ 83 Abs. 1 ArbGG) gilt. Hinsichtlich der materiellen Beweislast, d. h. der Frage, zu wessen Lasten nicht aufzuklärende Umstände bewertet werden, wird das Gericht den Schutzgedanken des § 22 AGG im Sinne eines effektiven Diskriminierungsschutzes zu berücksichtigen haben.⁴²⁸

Das Verfahren bietet sich besonders bei unzulässigen Stellenausschreibungen an, die jedoch nur bei den kirchlichen Wohlfahrtsverbänden, die nicht dem BetrVG unterliegen (§ 118 BetrVG), die Religionszugehörigkeit betreffen dürften.

Das Verfahren lässt sich aber auch einsetzen, wenn seitens der Unternehmensleitung oder sonstiger Personalverantwortlicher eine Anweisung besteht, etwa Bewerberinnen mit Kopftuch nicht in die Auswahl einzubeziehen oder für bestimmte Positionen nicht zu berücksichtigen.

Ein weiterer Anwendungsbereich bietet sich bei Belästigungen gegenüber Musliminnen und Muslimen, denen der Arbeitgeber keine angemessenen Maßnahmen entgegensetzt.

Für die Dienststellen der öffentlichen Hand und damit im Anwendungsbereich der Personalvertretungsgesetze gilt die Klagebefugnis des § 17 Abs. 2 AGG nicht. Die Personalvertretung ist auf die Vorlagemöglichkeit an die übergeordnete Dienststelle (z. B. nach § 69 Abs. 3 BPersVG) verwiesen.

⁴²⁶ BAG v. 18.8.2009 – 1 ABR 47/08.

⁴²⁷ Reichold in Henssler/Willemsen/Kalb, 2010, § 75 KSchG Rn. 3; Schleusener/Suckow/Voigt, 2008, § 17 Rn. 22 m. w. N.

⁴²⁸ So auch Kocher in Schiek, 2007, § 22 Rn.; Bufalica in Däubler u. a., 2008, § 22 AGG Rn. 18.

5.2 Schutzkonzepte

5.2.1 Innerbetriebliche Verfahren

Das AGG weist in § 17 Abs. 1 den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie ihren Vertretungen und den Tarifparteien eine aktive Rolle in der Verwirklichung eines diskriminierungsfreien Arbeitslebens zu. Die Regelung dient der Umsetzung der europarechtlich vorgegebenen Verpflichtung zur Förderung des sozialen Dialogs (Art. 13 RL 2000/78/EG).

Eine Verpflichtung der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Beschäftigtenvertretungen zur Verhinderung von Diskriminierungen findet sich bereits in § 75 Abs. 1 BetrVG bzw. § 67 Abs. 1 BPersVG und kann ebenfalls als Umsetzung der europäischen Diskriminierungsverbote (Art. 10 AEUV) betrachtet werden.⁴²⁹

§ 17 Abs. 1 AGG geht aber über die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung und über das Wächteramt des § 75 Abs. 1 BetrVG hinaus. Es enthält eine proaktive Komponente und damit den Appell, in kreativer Weise den betrieblichen Bedingungen angepasste Maßnahmen und Verfahren zur Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen zu entwickeln.

Damit hat der Gesetzgeber eindeutig den Weg vorgegeben, die Instrumente des Rechtsschutzes durch kooperative Maßnahmen vor Ort zu ergänzen und einen besonderen Schwerpunkt auf die Entwicklung einvernehmlicher Lösungen gesetzt.

Diskriminierungsverbote werden von vielen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern als Beschneidung ihrer Privatautonomie, Einschränkung ihrer sachlich getroffenen Planungen, Gängelung und Anfeindung empfunden. Um diese Haltung zu überwinden, müssen langfristige Lösungen vor allem darauf setzen, Anreize zu schaffen, um eigene kreative Lösungen in den Betrieben und Institutionen selbst zu entwickeln und zu implementieren. Eine normgerechte Umsetzung des Diskriminierungsschutzes erfolgt am effektivsten nicht durch formale Rechtsmittel, sondern im Schatten der Rechtsvorschriften und Sanktionsandrohungen.⁴³⁰

§ 95 Abs. 1 BetrVG bietet eine Grundlage für die Entwicklung von Richtlinien zur diskriminierungsfreien Berücksichtigung von Musliminnen und Muslimen bei der Personalauswahl. Angesichts der unbedingten Zustimmungspflicht des Betriebsrates⁴³¹ sind die Auswahlrichtlinien sinnvollerweise im gegenseitigen Einvernehmen zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat zu entwickeln. Eine Verpflichtung zu dieser Zusammenarbeit besteht allerdings für die Arbeitgeber nicht.⁴³² Die Vereinbarungen können Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen betreffen. Hinsichtlich der Personalauswahl bei Einstellungen können zum einen Kriterien entwickelt werden, nach denen bestimmte Merkmale nicht oder auch mit einem besonderen Gewicht berücksichtigt werden. Abweichungen von den Anforderungen des AGG sind unzulässig und führen zur Unwirksamkeit (§ 7 Abs. 2 AGG).

⁴²⁹ Reichold in Hensseler/Willemsen/Kalb, 2010, § 75 Rn. 1.

⁴³⁰ Sturm in Nielsen/Nelson, 2005, S. 35, 53 f.

⁴³¹ BAG v. 26. Juli 2005 – 1 ABR 29/04.

⁴³² Mauer in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 2010, § 95 Rn. 2.

Die Vereinbarungen können zum anderen auch bestimmte Verfahrensvorgaben enthalten⁴³³, die sich auf das Ausschreibungsverfahren, die Auswahlmethoden und den Entscheidungsprozess beziehen können.

Negativkriterien

Vereinbaren lässt sich etwa, dass die Religionszugehörigkeit bei der Personalauswahl keine Rolle spielen darf oder dass das Tragen eines Kopftuchs nicht als negativer Gesichtspunkt in die Auswahlentscheidung einfließen darf. Dagegen wäre eine Vereinbarung, nach der Musliminnen und Muslime bei entsprechender Eignung einzustellen sind, wenn der Anteil dieser Gruppe in der jeweiligen Abteilung unter 10% der Beschäftigten liegt, unwirksam. Die Religionszugehörigkeit wird hier unzulässigerweise zu einem Einstellungskriterium gemacht und kann im Einzelfall zu einer Nichtberücksichtigung gerade wegen der Zugehörigkeit zum Islam führen. Die Erhebung der Daten ist auch nach § 32 BDSG⁴³⁴ unzulässig, da sie nicht für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erfolgt. Die Unzulässigkeit der Erhebung von Daten zur Religionszugehörigkeit hatte das BAG bereits vor Einführung des § 32 BDSG festgestellt.⁴³⁵

Quoten

Die Festlegung von Quoten als positive Maßnahme im Sinne von § 5 AGG ist problematisch. Unmittelbar an der Religionszugehörigkeit kann nur bei vollständiger Registrierung der Religionszugehörigkeit aller Beschäftigten angeknüpft werden. Eine solche Erfassung verstößt nicht nur gegen § 32 BDSG, sondern auch gegen die Religionsfreiheit nach Art. 4 GG, die auch vor der Pflicht zur Offenbarung schützt.

Erwägt werden könnte jedoch eine Quote, die dazu verpflichtet, Bewerberinnen und Bewerber aus muslimisch geprägten Herkunftsstaaten zu einem festgelegten Anteil zu berücksichtigen. Die zulässigerweise erhobenen Angaben zum Namen und zum Geburtsort würden für die Feststellung ausreichen.

Auch bei diesem Verfahren müssten Bewerberinnen und Bewerber abgewiesen werden, wenn die Quote erfüllt ist. Die Folge ist eine unmittelbare Diskriminierung aus ethnischen und religiösen Gründen, die aus den Anforderungen an die Tätigkeit nicht gerechtfertigt werden könnte. Andererseits würden nichtmuslimische Bewerberinnen und Bewerber abgewiesen, obwohl damit zugleich gegen ein anderes Diskriminierungsverbot verstoßen werden könnte. Von Quotenregelungen oder qualifikationsunabhängigen Bevorzugungen von Migrantinnen und Migranten sollte auch deshalb abgesehen werden, weil sie leicht dem Vorwurf der umgedrehten Diskriminierung ausgesetzt sind. Da bei diesen Verfahren das Gerechtigkeitsprinzip nicht mehr deutlich wird, ist mit Widerständen und Bestrebungen zu rechnen, die Vorgaben zu unterlaufen. In den USA sind aus diesem Grund Vorteile, die allein am Geschlecht oder der Ethnie anknüpften, wieder zurückgenommen worden.⁴³⁶ Auch positive Maßnahmen müssen so ausgerichtet sein, dass sie einen Ausgleich für reale Benachteiligungen schaffen, nicht aber Zugänge für bestimmte Gruppenangehörige gegenüber anderen erleichtern.

433 Reichold in Hensseler/Willemsen/Kalb, 2010, § 75 Rn.

434 In Kraft seit 1.9.2009, eingeführt durch Gesetz v. 14.8.2009 (BGBl. I, S. 2814).

435 BAG v. 22.10.1986 – 5 AZR 660/85; Reichold in MüHBArbR, 2009, § 88 Rn. 23.

436 Proposal 209 in California, Proposal 2 in Michigan, zitiert nach Solanke in Schiek/Chege, 2009, S. 115, 131.

Vorrang bei gleicher Eignung

Anders verhält es sich mit positiven Maßnahmen nach § 5 AGG, die erst auf der Grundlage eines Vergleichs der Befähigung für die ausgeschriebene Tätigkeit einen Vorrang für bestimmte Gruppen festlegen, der aber zugleich davon abhängig ist, dass nicht in der Person einer anderen Bewerberin oder eines anderen Bewerbers soziale Gesichtspunkte von überwiegendem Gewicht zu beachten sind. Diese Verfahren können den Grundsätzen der Frauenförderung im öffentlichen Dienst nachgebildet werden. Angesetzt werden kann nur an einem bestimmten Migrationshintergrund. Auch hier ist die Datenerhebung nicht unproblematisch. Sie kann sich jedoch auf Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Sprachfähigkeit beschränken, Angaben, die auch zum Zweck der Beschäftigung erhoben werden dürfen.⁴³⁷

Ist die gleiche (gleichwertige, nicht gleichartige) Eignung festgestellt, so können Bewerberinnen und Bewerber mit Migrationshintergrund vorrangig bei der Einstellung berücksichtigt werden.⁴³⁸

Hinzutreten muss allerdings eine individuelle Verhältnismäßigkeitsprüfung für jede Bewerberin und jeden Bewerber, da Mitbewerberinnen und Mitbewerber nicht generell ausgeschlossen werden dürfen. Sie müssen berücksichtigt werden, wenn in ihrer Person ein Grund für die Einstellung liegt, dem gegenüber dem allgemeinen Gesichtspunkt der Förderung von Migrantinnen und Migranten Priorität einzuräumen ist.⁴³⁹ Vereinbarungen nach § 95 Abs. 1 BetrVG (bzw. für den öffentlichen Dienst z.B. nach § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPVertG) oder auch tarifliche Festlegungen können ein solches Prüfungsverfahren in drei Schritten festlegen.

Spezielle Eignungskriterien

Je nach Ausrichtung des Betriebs oder der Institution können auch spezielle Kompetenzen berücksichtigt werden, die nicht unmittelbar mit dem Glaubensbekenntnis zusammenhängen, wohl aber mit einer besonderen Sensibilität für bestimmte Kundengruppen wie Musliminnen und Muslime, Zuwanderer aus islamisch geprägten Staaten oder Migrantinnen und Migranten allgemein. Kenntnisse über einen bestimmten Kulturbereich, eigene Erfahrungen und Sprachkenntnisse können als positive Kriterien im Einstellungsverfahren berücksichtigt werden. Für pädagogische Arbeitsbereiche kann auch das Rollenmodell als besonderes Eignungskriterium herangezogen werden. So bildet die erkennbar muslimische Frau mit Hochschulstudium und hochwertiger Berufstätigkeit einen Anreiz für junge muslimische Frauen bei der Entwicklung von Zielen für ihre eigene Berufsbiographie. Der muslimische Mann in der Kinderbetreuung bietet hingegen Rollenmuster in Bezug auf Fürsorglichkeit und Erziehungsverantwortung.

Vereinbarungen nach § 95 BetrVG oder Richtlinien im Sinne von § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPVertG können festlegen, für welche Tätigkeitsbereiche welche Ressourcen zu berücksichtigen sind.

437 BAG v. 22.10.1986 – 5 AZR 660/85.

438 So auch EuGH v. 6.7.2000, Rs C-407/98 – „Abrahamson“ zur Förderung der Einstellung von Frauen.

439 EuGH v. 11.11.1997 – Rs. C-409/95; BAG v. 21.1.2003 – 9 AZR 307/02; Hinrichs in Däubler/Bertzbach, 2008, § 5 AGG, Rn. 25 ff.

Anonyme Verfahren

Auch die Teilnahme an anonymisierten Bewerbungsverfahren kann in Vereinbarungen geregelt werden. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Betriebsrat müssen einen geeigneten Verfahrensablauf festlegen. In der Regel wird eine neutrale Stelle einzuschalten sein, die bei den Berufskammern oder bei der Arbeitsagentur angesiedelt sein kann. Für das Ausschreibungsverfahren können auch Hinweise für Bewerbungen entwickelt werden.

Rekrutierungsprogramme

Die Vereinbarung kann sich auch auf Programme zur gezielten Ansprache von besonders benachteiligten Gruppen am Arbeitsmarkt beziehen. Es handelt sich um positive Maßnahmen nach § 5 AGG, die sich jedoch kaum dem Vorwurf der umgekehrten Diskriminierung aussetzen. Durch sie wird niemand benachteiligt. Allenfalls erhöht sich die Konkurrenz, wenn mehr Arbeitssuchenden der Weg zu einer Tätigkeit gewiesen wird. Derartige Programme reichen von der besonderen Ansprache im Ausschreibungstext über Werbemaßnahmen an ungewöhnlichen Orten (Bewerbungsmesse auf einem Moscheegelände), bis hin zu Vorbereitungsangeboten in Form von Trainings oder Praktika.

In entsprechender Weise können auch Richtlinien über die Auswahl bei Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen erlassen oder vereinbart werden. Zustimmungspflichtig sind dabei nicht die Entscheidungen über die Maßnahmen selbst. Diese betreffen die Unternehmensgestaltung und können von den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern eigenständig getroffen werden. Die personelle Auswahl bei derartigen Maßnahmen soll jedoch so transparent gestaltet werden, dass die willkürliche Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Personen im Betrieb ausgeschlossen werden kann.⁴⁴⁰ Arbeitgeberinnen, Arbeitgeber und Betriebsräte trifft eine Verpflichtung aus § 17 AGG und § 75 BetrVG bei der Aufstellung von Auswahlkriterien oder bei der Zustimmung zu ihnen in besonderem Maße darauf zu achten, dass es nicht zu einer Benachteiligung wegen der in § 1 AGG genannten Gründe kommt. Die Religionszugehörigkeit selbst wird von Auswahlrichtlinien kaum betroffen sein. Die latent vorhandenen Negativzuschreibungen wirken sich bei allen von irrationalen Motiven bestimmten Entscheidungsverfahren tendenziell nachteilig für Musliminnen und Muslime aus. Jedes Verfahren, welches Auswahlentscheidungen ausschließlich an sachliche Gründe bindet, kann daher zu tendenziell günstigeren Ergebnissen führen. Auch die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten kann für muslimische Frauen bedeutsam sein, weil sie zum einen als Frau häufiger einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen, darüber hinaus auch, weil sie für größere Familien verantwortlich sind und eine stärkere Familienorientierung zeigen als Frauen anderer Glaubensrichtungen.⁴⁴¹

In Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten kann der Betriebsrat den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung verlangen (§ 95 Abs. 2 BetrVG). Auf Verlangen des Betriebsrats müssen in die Richtlinien neben den fachlichen und persönlichen Voraussetzungen auch soziale Gesichtspunkte aufgenommen werden. Üblicherweise beziehen sich die sozialen Gesichtspunkte auf den Familienstand, die Unterhaltspflichten und die Dauer der Betriebszugehörigkeit.⁴⁴² Die Auswahlkriterien bei betriebsbedingten Kündigungen sind durch die Vorgaben in § 1 Abs. 3 KSchG beschränkt. Bei den Einstellungskriterien können hingegen

⁴⁴⁰ BAG v. 10.12.2002 – 1 ABR 27/01.

⁴⁴¹ Zur Haushaltsgröße siehe BAMF 2009, S. 130; für die Familienorientierung sprechen die Ergebnisse der Befragung von türkischen Frauen, siehe IAQ, 2009, S. 122.

⁴⁴² Kania in ErfKom., 2010, § 95 BetrVG Rn. 14.

weitere soziale Gesichtspunkte, wie bestehende Benachteiligungen beim Zugang zu Beschäftigung, in die Richtlinien aufgenommen werden.

In Betrieben ohne Betriebsrat können Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber Einstellungsregeln oder -verfahren ohne Beteiligung der Belegschaft regeln. Es bleibt bei dem Appell zur Zusammenarbeit mit den Beschäftigten aus § 17 Abs. 1 AGG.

In Betriebsvereinbarungen können nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG (bzw. Dienstvereinbarungen nach § 75 Abs. 3 BPersVG) flexible Pausenregelungen und Möglichkeiten der Arbeitszeitgestaltung zur Teilnahme am Freitagsgebet geschaffen werden, soweit die Betriebsabläufe dies ermöglichen. Auch können Ansprüche auf Urlaubsgewährung während der religiösen Feiertage nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 festgelegt werden. Der Betriebsrat hat insoweit ein Mitbestimmungs- und ein Initiativrecht.⁴⁴³

Auf die Einrichtung von Gebetsräumen bzw. die Bereitstellungen von Gelegenheiten zur Verrichtung des Gebets in anderweitig genutzten Räumen kann der Betriebs- oder Personalrat hinwirken. Es können freiwillige Vereinbarungen nach § 88 Nr. 4 BetrVG getroffen werden, erzwungen werden können sie aber von keiner Seite.⁴⁴⁴

Regelungen zum Kantinenessen sind heute kaum noch erforderlich, weil angesichts verschiedener Essgewohnheiten stets auch eine für Muslime zugelassene Mahlzeit angeboten wird.

Entweder durch Betriebsvereinbarungen nach § 88 Nr. 4 BetrVG oder durch sonstige Maßnahmen im Rahmen des § 75 BetrVG, § 67 Abs. 1 BPersVG kann islamfeindlichen und sexistischen Verhaltensweisen im Betrieb entgegengewirkt werden. So kann etwa das Anbringen von Wanddekorationen mit bestimmten Inhalten an Gemeinschaftsarbeitsplätzen untersagt werden, eventuell auch das Tragen bestimmter Bekleidungsstücke wie Shorts und bauchfreier Tops am Arbeitsplatz. Hier muss stets eine Abwägung mit den bestehenden Persönlichkeitsrechten anderer Mitarbeiter erfolgen.

Bei Einführung einer Kleiderordnung im Betrieb ist zu unterscheiden, ob es sich um eine mitbestimmungsfreie Konkretisierung der Arbeitspflicht handelt oder ob der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 zu beteiligen ist. Soweit die Kleidung für die Tätigkeit zwingend erforderlich ist, z. B. Schutzkleidung oder Kleidung aus hygienischen Gründen, ist die Anordnung mitbestimmungsfrei. Soll jedoch ein einheitliches Erscheinungsbild geschaffen werden oder die Kunden in besonderer Weise angesprochen werden, so steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zu.⁴⁴⁵ Die Verpflichtung zum Tragen einer einheitlichen Dienstkleidung zur Verbesserung des Firmenimages greift nicht unzulässig in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein, solange durch die Kleidung selbst keine Würdeverletzung erfolgt.⁴⁴⁶ In besonderer Weise ist aber das Schamgefühl zu berücksichtigen und nach Möglichkeit die Vereinbarkeit mit religiös bedingten Bekleidungs Vorschriften herzustellen.

443 Richardi in Richardi, 2010, § 87 BetrVG Rn. 70.

444 Werner in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 2010, § 88 BetrVG Rn. 1.

445 BAG v. 13.2.2007 – 1 ABR 18/06.

446 BAG v. 1.12.1992 – 1 AZR 260/92; Weinbrenner, ArbR 2010, 260, 261.

Die Beschäftigung von Mitarbeiterinnen erkennbar muslimischen Glaubens kann auch Regeln im Umgang mit islamfeindlichen Reaktionen von Kundinnen und Kunden sowie Geschäftspartnerinnen und -partnern erfordern.

Auch das Beschwerdeverfahren nach § 13 AGG, §§ 84, 85 BetrVG kann konkret ausgestaltet und mit Sanktionsmechanismen versehen werden. Dem Betriebsrat steht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu und er kann selbst die Initiative ergreifen.⁴⁴⁷ Die Entscheidung über die personelle Besetzung und den Ort der Errichtung der Beschwerdestelle liegt aber allein bei den Arbeitgebern.⁴⁴⁸ Gleichwohl können in freiwilligen Betriebsvereinbarungen und auf der Ebene der Tarifvertragsparteien Regelungen über die Besetzung und das Verfahren der Beschwerdestelle unter Beteiligung der Arbeitnehmervertretung getroffen werden.⁴⁴⁹

Für Schulungsmaßnahmen nach § 12 Abs. 2 AGG ist grundsätzlich die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber zuständig, der Betriebsrat ist jedoch nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.⁴⁵⁰ Er hat die Möglichkeit, auf bestimmte Orientierungen und inhaltliche Gestaltungen Einfluss zu nehmen und kann so auf eine intensivere Beschäftigung mit dem Verbot der Belästigung wegen der Religionsausübung hinwirken. Es besteht ein erhöhtes Risiko für innerbetriebliche Konflikte, weil die Religionsfreiheit leicht mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung kollidieren kann. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter müssen aber nicht hinnehmen, religiösen Schmähungen am Arbeitsplatz unmittelbar ausgesetzt zu sein, auch wenn dadurch das Recht auf freie Meinungsäußerung anderer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eingeschränkt wird. Auch erniedrigende Handlungen oder Äußerungen im Zusammenhang mit der Rolle als Frau oder der Sexualität von Musliminnen müssen strikt unterbunden werden.

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und der Betriebsrat sind zu einer konstruktiven Zusammenarbeit aufgefordert (Art. 17 Abs. 1 AGG), um weitere innovative Konzepte zur Beilegung von religiösen, rassistischen und sexistischen Anfeindungen gegenüber Musliminnen und Muslimen zu entwickeln.

Besonderheiten für den öffentlichen Dienst

Die geringe Beteiligung von Musliminnen und Muslimen an der Beschäftigung im öffentlichen Dienst wird von allen Bevölkerungsteilen als mangelnde gesellschaftliche Partizipation wahrgenommen und bewirkt zugleich eine unzureichende Ausrichtung der öffentlichen Tätigkeiten auf die Bedürfnisse der muslimischen Bevölkerung. Darüber hinaus kommt dem öffentlichen Dienst eine Vorbildfunktion für das gesamte Arbeitsleben zu. In den letzten Jahren haben Kommunen und andere öffentliche Träger verstärkte Anstrengungen unternommen, um die Beschäftigung von Menschen mit Migrationshintergrund zu fördern (siehe Peucker, S. 73 ff.).

Die rechtliche Zulässigkeit von besonderen Fördermaßnahmen wurde in Hinblick auf den strikten Gleichbehandlungsgrundsatz der öffentlichen Hand teilweise von der Verwaltung bestritten. Positive Maßnahmen im Sinne des § 5 AGG sind jedoch auch im Bereich des öffentlichen Dienstes zulässig, wenn eine bevorzugte Einstellung den Vorgaben folgt, die für

447 BAG v. 21.7.2009 – 1 ABR 42/08.

448 A. a. O.

449 So auch die ILO-Empfehlung 130, II.6, <http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/recdisp1.htm> (aufgerufen am 13.8.2010).

450 Wisskirchen, DB 2006, 1491, 1496.

den Bereich der Frauenförderung entwickelt wurden (siehe oben). Sie können sich jedoch nicht auf die Religionszugehörigkeit, sondern nur auf den Migrationshintergrund beziehen.

Auch das Prinzip der Berücksichtigung von besonderen Kompetenzen und Eignungen von Menschen mit Migrationshintergrund und sogar speziell der Herkunft aus muslimisch geprägten Staaten lässt sich mit den Einstellungskriterien für den öffentlichen Dienst vereinbaren. Im öffentlichen Dienst muss das Prinzip der Bestenauslese vorrangig berücksichtigt werden (Art. 33 Abs. 2 GG). Die Beurteilung erfolgt nach den drei Kriterien: Befähigung, fachliche Leistung und Eignung. Die Befähigung stellt auf Fähigkeiten wie Begabung und Allgemeinwissen, Vor- und Ausbildung, Wissen und Erfahrung ab.⁴⁵¹ Die fachliche Leistung bezieht sich auf die praktische Anwendung der Befähigungen und damit Fachwissen und Fachkönnen. Die Eignung kann alle sonstigen Eigenschaften umfassen, die für die Tätigkeit von Bedeutung sind.⁴⁵² Zwischen den Kriterien muss keine strenge Gleichgewichtung erfolgen, sie sind vielmehr in Hinblick auf die konkrete Tätigkeit zu gewichten.⁴⁵³ Der Fachkompetenz wird also keine generelle Priorität eingeräumt. Neben Ausbildung und Berufserfahrung können besondere Eignungen für die auszuführende Tätigkeit mit einem besonderen Gewicht bewertet werden. Spezielle Sprachkompetenzen, interkulturelle Kompetenzen sowie Kenntnisse über Sozial- und Familienstrukturen sowie religiöse Traditionen in bestimmten Communities sind den Befähigungen zuzurechnen. Die Eignung kann sich darüber hinaus aus Kriterien ergeben, die objektiv wirken, wie die Erhöhung der Kundenakzeptanz gegenüber der Institution bei einer Personalzusammensetzung, die auch die Bevölkerungszusammensetzung widerspiegelt und auf Respekt vor kultureller und persönlicher Verschiedenheit hinweist. In einer solchen Gesamtschau ergeben sich möglicherweise für Musliminnen und Muslime günstigere Bewertungskriterien bei der Bestenauswahl.

5.2.2 Arbeitsverwaltung/Kommune

Muslimische Schulabgängerinnen, die ein Kopftuch tragen, werden derzeit weitgehend aus dem Ausbildungsmarkt ausgeschlossen. Sie verbleiben im Haushalt oder weichen auf den Niedriglohnsektor des Arbeitsmarktes aus, vor allem auf das Reinigungsgewerbe. Die ablehnende Haltung der Ausbildungsbetriebe zu überwinden, stellt die Träger der Arbeitsverwaltung vor besondere Herausforderungen, die gezielte Maßnahmen für diesen Personenkreis rechtfertigen.

Bereits in den Schulabgangsklassen sollten Unterstützungen bei der Ausbildungsplatzsuche angeboten werden. Naheliegend sind Maßnahmen der Berufseinstiegsbegleitung nach § 421s SGB III. Allerdings können nur junge Menschen gefördert werden, die voraussichtlich Schwierigkeiten haben, den allgemeinbildenden Schulabschluss zu erreichen (§ 421s Abs. 3 SGB III). Auch wird die Förderung nur an 1.000 ausgewählten Schulen angeboten. Wenn die Voraussetzungen für die Berufseinstiegsbegleitung nicht erfüllt sind, können Einzelmaßnahmen zur Heranführung an den Ausbildungsmarkt nach § 46 SGB III gefördert werden.

Die Maßnahmen der Einstiegsqualifizierung nach § 235b SGB III können wegen eingeschränkter Vermittlungsperspektiven aus individuellen Gründen eingesetzt werden. Jungen Musliminnen und Muslimen wird mit dieser Maßnahme die Gelegenheit geboten, die Ausbildungsbetriebe von ihrer persönlichen Qualifikation und Motivation zu überzeugen.

451 BVerfG v. 20.4.2004, NJW 2004, 1935.

452 A. a. O.; Jarass/Pieroth, 2007, Art 33 Rn 14.

453 Hense in Beck online, 2010, Art. 33 GG, Rn. 13.

Außerbetriebliche Ausbildungen dürfen nur als Ultima Ratio eingesetzt werden, wenn trotz intensiven Bemühens kein betrieblicher Ausbildungsplatz gefunden wird. Durch § 421n SGB III wird – zeitlich befristet – der Zugang zu einer außerbetrieblichen beruflichen Ausbildung ohne eine vorgeschaltete Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahme ermöglicht, jedoch nur für sozial benachteiligte Jugendliche. Zugangsschwierigkeiten, die sich allein aus der Einstellungspraxis der Betriebe ergeben, können bei der Leistungsbewilligung nicht berücksichtigt werden. Eine gut integrierte junge Muslimin mit einem Real schulabschluss, die wegen ihres Kopftuchs keinen Ausbildungsplatz findet, erhält also keinen Zugang zu einer außerbetrieblichen Ausbildung.

Muslimische Frauen nach einer Familienphase sind zum Teil nicht ausreichend auf die Bedingungen des hiesigen Arbeitsmarktes vorbereitet.⁴⁵⁴ Sie können durch besondere Angebote ermutigt werden, eine eigenständige berufliche Perspektive zu entwickeln. Im Rahmen des § 46 SGB III lassen sich Gruppenmaßnahmen zur Heranführung an den Arbeitsmarkt durchführen. Auf eine Selektion muslimischer Frauen ist jedoch möglichst zu verzichten und allein an den besonderen Schwierigkeiten von Frauen nach einer Familienphase ohne bisherige Berufserfahrungen anzusetzen. Die Maßnahmen könnten sowohl für Frauen ohne Leistungsbezug als auch für SGB-II-Leistungsempfängerinnen geöffnet werden.

Die verschiedenen Bildungsmaßnahmen der Arbeitsverwaltung bieten die Möglichkeit, Arbeitsuchende über ihre Rechte aus dem AGG zu informieren, die Bekämpfung von Rassismus und Sexismus im Bereich des Arbeitslebens zu stärken und betriebliche Diversity-Konzepte zu vermitteln.

5.2.3 Die Bedeutung der Sozialforschung

Musliminnen und Muslime werden erkennbar wegen ihrer Religionszugehörigkeit im Bereich religiöser Anstellungsträger und im Zusammenhang mit den landesrechtlichen Verboten religiöser Symbole benachteiligt. Auch im Zusammenhang mit der Gestaltung von Arbeitsabläufen werden vereinzelt Einschränkungen der Religionsfreiheit erkennbar. Die gesellschaftlich besonders relevanten Vorgänge beim Zugang zum Ausbildungs- und Arbeitsmarkt und Anfeindungen und Demütigungen innerhalb der Betriebe lassen sich mit einer Fokussierung auf die Kategorie Religion dagegen kaum erfassen. Die rechtliche Bearbeitung von Diskriminierungen ist hier vor allem auf die intersektionale empirische Forschung angewiesen, um auf der Grundlage der Beschreibung komplexer Diskriminierungsvorgänge die Regelungen und Sanktionsmechanismen besser an die Realität der Arbeitswelt anpassen zu können.⁴⁵⁵ Die Ursachen von Diskriminierungen lassen sich allerdings nicht allein durch die Untersuchung von Individuen ermitteln, weil oftmals nicht individuelle Motivationen, sondern Strukturprinzipien ausschlaggebend sind, die wiederum für den Einzelnen im Gefüge dieser Struktur kaum erkennbar sind. Da bis heute weitgehend Untersuchungen zu den Prozessverläufen fehlen, lässt sich kaum feststellen, ob Sanktionsmechanismen in der Praxis zu Veränderungen führen.⁴⁵⁶ Wichtiger noch sind genaue Kenntnisse über die Ursachen von Diskriminierung für die Entwicklung effektiver Schutzkonzepte außerhalb des formellen Rechtsschutzes.

454 Siehe IAQ u. a., 2009, S. 134 f.

455 Hernández in Nielsen/Nelson, 2005, S. 328, 334 f.

456 Reskin in Nielsen/Nelson, 2005, S. 75, 94 ff.

6.

Handlungsempfehlungen

Die Instrumente des formellen Rechtsschutzes haben eine unverzichtbare Funktion, wenn es um die Klärung der Anforderungen an den Diskriminierungsschutz und die Androhung empfindlicher Sanktionen bei Regelverstößen geht.

Sie haben aber auch ihre Grenzen und Nachteile.

- Sie kosten Geld und benötigen Ausdauer, beides kann gerade von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen nicht aufgewendet werden.
- Individualklagen beziehen sich auf eine Person als Opfer, nicht auf das Problem. Die Person gerät in den Fokus, nicht aber das Täterhandeln oder die Verfahrensstrukturen. Veränderungen erfolgen nur mittelbar und zögerlich.
- Rechtsmittel fokussieren auf eine personalisierte Diskriminierung, dadurch werden strukturelle Diskriminierungen nicht erfasst oder sogar aus dem Blickfeld herausgedrängt.
- Der bestehende Konflikt wird überwiegend nicht gelöst, sondern eskaliert. An der eigenen Bewertung der „anderen“ Person wird festgehalten und die Aktivitäten verlagern sich auf einen Grabenkrieg gegen den Diskriminierungsschutz.⁴⁵⁷

Die Benachteiligungen von Musliminnen und Muslimen in der Arbeitswelt basieren nicht ausschließlich – vermutlich nicht einmal überwiegend – auf einer zielgerichteten Ausgrenzung, sondern setzen sich in Organisationen durch, die durch eine entlang der Werte und Praktiken der Mehrheitsgruppen organisierte Alltagswelt bestimmt sind.⁴⁵⁸ Auch die Arbeitswelt ist durch jahrhundertelange christliche Traditionen geprägt, die den Jahres-, Wochen- und Tagesrhythmus bestimmen.⁴⁵⁹ Aus diesen Traditionen leitet sich auch die Hierarchie der Wertschätzung ab, die den verschiedenen religiösen Ausrichtungen entgegengebracht wird. Das moderne Gleichheitskonzept, welches allen religiösen – und nicht-religiösen – Ausrichtungen in allen gesellschaftlichen Bereichen – außerhalb der Religionsgemeinschaften – eine gleiche Akzeptanz entgegenbringt, widerspricht zunächst den „urwüchsigen“, tief in das Bewusstsein eingedrungenen Werthaltungen. Gegenüber dem Islam sind abwertende und angstbesetzte Einstellungsmuster zudem auf dem Hintergrund des islamistischen Terrorismus politisch und medial verstärkt worden. Auf diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, warum das gesetzliche Verbot der Diskriminierung oder es fehlt ein Zusatz auf ein konträres Legitimitätsempfinden in weiten Teilen der Mehrheitsbevölkerung stößt.

457 In Anlehnung an die Position von Fredman in Schiek/Chege, 2009, S. 73, 79.

458 Yoshino, 2002, Yale Law Journal 111, 769 ff.; Sturm in Nielsen/Nelson, 2005, S. 35, 36.

459 Albiston in Nielsen/Nelson, 2005, S. 301, 305.

Das Zusammentreffen struktureller Diskriminierungen und unbewusster Stereotypenbildungen erfordert ein Schutzkonzept, welches rechtliche Vorgaben und Sanktionsmaßnahmen eng verzahnt mit kooperativen Prozessen, Aufklärungsmaßnahmen und positiven Förderkonzepten. Freiwillige Vereinbarungen und Regelungen sind das entscheidende Vehikel zur Verbesserung des Diskriminierungsschutzes; die Rechtsvorgaben verdeutlichen jedoch den Widerspruch zwischen einer gegebenen Situation und einer gesellschaftlichen Zielsetzung und unterstützen die Forderung nach Veränderung.

Die Handlungsvorschläge orientieren sich an dieser grundlegenden Ausrichtung und können nur als beispielhafte Auswahl verstanden werden. Bezug genommen wird dabei auf die Handlungsvorschläge der sozialwissenschaftlichen Expertise des Europäischen Forums für Migrationsstudien, die hier lediglich ergänzt bzw. rechtlich eingeordnet werden sollen.

6.1 Empfehlungen an den Gesetzgeber

6.1.1 Empfehlungen zu Bundesgesetzen

Richtlinienkonforme Anpassung des § 9 AGG

Durch eine Anpassung des § 9 AGG an die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG sollte der Bezug auf die konkret ausübende Tätigkeit bei einem kirchlichen Anstellungsträger als Voraussetzung für eine Ungleichbehandlung gesetzlich festgeschrieben werden.

Verbandsklagerecht

Musliminnen und Muslimen gelingt es derzeit ausgesprochen selten, ihre Rechtspositionen gerichtlich durchzusetzen oder sich erfolgreich gegen Anfeindungen und Demütigungen im Arbeitsleben zur Wehr zu setzen. Entscheidend ist hierbei die Angst vor gerichtlichen Verfahren, die Sorge um den Arbeitsplatz und die fehlende Kenntnis der Rechtspositionen. Verbesserung des Rechtsschutzes könnte ein Verbandsklagerecht schaffen, welches die Betroffenen vom Prozessrisiko entlasten und Klagen gegen diskriminierende Maßnahmen oder Vorgänge unabhängig von einer betroffenen Person ermöglichen würde.

Transparenz der Arbeitsentgelte

Die Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Offenlegung des Einkommens aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (anonymisiert) würde es von Benachteiligung bedrohten Gruppen, auch Musliminnen und Muslimen, erleichtern, Einkommensdiskrepanzen und gruppenbezogene Lohnunterschiede festzustellen.

Änderung der Fördervoraussetzungen bei den arbeitsmarktpolitischen Instrumenten des SGB III

Die arbeitsmarktpolitischen Instrumente des SGB III, die auf eine Benachteiligtenförderung ausgerichtet sind, sollten auf Personen erstreckt werden, die wegen einer Benachteiligung an Arbeitsmarkthürden scheitern, wie der Diskriminierung aus religiösen Gründen. Geändert werden sollte insbesondere die Definition „förderungsbedürftiger Jugendlicher“ in § 245 SGB III, die auf Lernbeeinträchtigung oder soziale Benachteiligung abstellt sowie die Leistungsvoraussetzungen der §§ 421n, 421r, 421s SGB III.

6.1.2 Empfehlungen zu Landesgesetzen

Landesgesetzliche Regelungen zum Verbot religiöser Symbole

Die landesgesetzlichen Regelungen zum Verbot religiöser Symbole stellen eine verfassungsrechtlich zulässige Gestaltungsmöglichkeit dar. Fraglich bleibt jedoch die Vereinbarkeit mit den Diskriminierungsverboten des AGG und dem Recht der Europäischen Union. Unabhängig von einer abschließenden Klärung durch den Europäischen Gerichtshof sollte jedoch überdacht werden, ob nicht die Beibehaltung des offenen Grundkonzepts der staatlichen Neutralität, auch für den Bereich der Regelschule, die Entwicklung einer von kultureller und religiöser Vielfalt geprägten Gesellschaft begünstigt. Auch sollten die stigmatisierenden Effekte gegenüber Kopftuchträgerinnen in den übrigen Bereichen des Arbeitslebens (siehe Peucker, S. 81) von den Landesgesetzgebern mitbedacht werden. Zu erwägen sind auch Differenzierungen nach der Schulform (z. B. nur Grundschule) und einzelfallbezogene Öffnungsklauseln.

Die landesrechtlichen Verbotsklauseln mit christlich-abendländischem Vorbehalt sollten entsprechend der verfassungskonformen Auslegung⁴⁶⁰ umformuliert werden, um die strikte Gleichbehandlung aller religiösen Symbole sicherzustellen und Unsicherheiten in der Anwendungspraxis zu vermeiden.

Die Ausdehnung der Verbotsregelungen auf andere Bereiche des öffentlichen Dienstes (Berlin, Hessen, Baden-Württemberg für Kindertageseinrichtungen) sollten zurückgenommen werden, da sie sich nicht aus den verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen Dritter legitimieren lassen und so zu einer Ungleichbehandlung von Musliminnen beim Zugang zum öffentlichen Dienst führen.

Landesgesetzliche Integrationsförderung

Anzustreben sind landesgesetzliche Regelungen zur Förderung der Beschäftigung im öffentlichen Dienst von Personen mit Migrationshintergrund, vergleichbar den Landesgleichstellungsgesetzen. Ein Beispiel bilden die auf den öffentlichen Dienst bezogenen Teile des Berliner Entwurfs zu einem „Gesetz zur Regelung von Partizipation und Integration“, welches im August 2010 dem Berliner Abgeordnetenhaus vorgelegt wurde. Wesentliche Elemente sind die besondere Aufforderung zur Bewerbung von Personen mit Migrationshintergrund in allen Ausschreibungen, die Berücksichtigung interkultureller Kompetenzen im Auswahlverfahren und der Abschluss von Zielvereinbarungen mit der Verwaltung zur Erhöhung des Anteils von Beschäftigten mit Migrationshintergrund.⁴⁶¹ Zahlreiche Einzelfragen, wie der Begriff des Migrationshintergrundes, die Spezifizierung der zu berücksichtigenden Kompetenzen auf die jeweiligen Stellenanforderungen und die Verfahrensabläufe, bedürften einer eingehenden Diskussion unter Einbeziehung der Kommunen, der Landespersonalvertretungen und der Organisationen der Migrantinnen und Migranten.

460 BVerwG v. 16.12.2008 – 2 B 46/08; BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08; BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 55/09.

461 Einzelheiten siehe unter: http://www.berlin.de/lb/intmig/partizipationsgesetz_berlin.html (aufgerufen am 18.8.2010).

6.2 Empfehlungen an die Betriebs- und Personalräte sowie an die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber

Es gilt, den Appell des § 17 Abs. 1 AGG zur Entwicklung von Konzepten zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in gemeinsamer Verantwortung der betrieblichen Vertragspartner aufzugreifen und konkret umzusetzen.

Erfolg versprechend sind weniger allgemeine Vorgaben und Empfehlungen als in den Betrieben kooperativ entwickelte Konzepte. Sie sollten sich vor allem auf die folgenden drei Bereiche beziehen:

Personalpolitik

Maßnahmen zur generellen Verbesserung der Beschäftigung von Personen, die besonders von Benachteiligung bedroht sind, wirken auch zugunsten von Musliminnen und Muslimen. Eine unmittelbare Anknüpfung an die Religionszugehörigkeit ist unzulässig. Es können sowohl Verfahren der anonymen Bewerbung (siehe Peucker, S. 86) als auch Verfahren unter besonderer Berücksichtigung spezifischer Ressourcen wie Sprachkompetenzen und interkulturelle Erfahrungen genutzt werden. Die Wahl hängt von den Tätigkeitsanforderungen ab. Ein genereller Vorzug eines Verfahrens sollte nicht empfohlen werden. Eine sorgfältige Evaluation der verschiedenen Methoden ist wünschenswert und sollte die Grundlage für die Weiterentwicklung von Modellen für Einstellungsverfahren bilden.

Die bestehenden Einstellungstests und -verfahren sollten auf kulturell einseitige Anforderungen überprüft werden (siehe BQM bei Peucker, S. 74), die Sprachanforderungen auf den tätigkeitsrelevanten Umfang begrenzt werden⁴⁶² und Vorbereitungstrainings oder Betriebspraktika angeboten werden.

Die Aufstiegsförderung sollte einerseits transparente Auswahlverfahren schaffen und andererseits bislang benachteiligte Gruppen durch Fortbildungen und innerbetriebliche Qualifizierungen besonders fördern.

Für die Auswahlentscheidungen bei Einstellungen und beim betrieblichen Aufstieg können positive Maßnahmen nach § 5 AGG festgelegt werden, die einen Vorrang unter bestimmten Voraussetzungen (siehe 5.2.1) zum Ausgleich der bisherigen Benachteiligung vorsehen.

Als Instrumente können eingesetzt werden:

- Regelungen und Maßnahmen im Rahmen bestehender oder zu entwickelnder Diversity-Konzepte,
- Betriebsvereinbarungen nach §§ 87, 88 Nr. 4, 95 Abs. 1 BetrVG,
- Zielvereinbarungen zwischen Betriebsleitung und Beschäftigtenvertretung,
- Schulungen und sonstige Aufklärungsmaßnahmen für Personalverantwortliche und Führungskräfte.

⁴⁶² Hierbei kann auch berücksichtigt werden, dass in kommunikationsintensiven Arbeitsbereichen auf der Grundlage vorhandener Grundkenntnisse mit einem schnellen Lernzuwachs gerechnet werden kann.

Gestaltung von Arbeitsabläufen unter Berücksichtigung der religiösen Bedürfnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter

Bei der Festlegung von Regelungen zu Arbeitszeiten und -abläufen, Urlaubsregelungen, Ausnahmen von Bekleidungs Vorschriften und zur Bereitstellung von Gebetsmöglichkeiten sollten die Beschäftigtenvertretungen und die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in besonderer Weise auf eine Beteiligung der verschiedenen im Betrieb vertretenen Gruppen achten. Die Akzeptanz in der Belegschaft wird deutlich erhöht, wenn die Maßnahmen nicht als Bevorzugung der Gruppe der Musliminnen und Muslime verstanden wird, sondern als ein Konzept der gegenseitigen Rücksichtnahme auf die religiösen, kulturellen und sonstigen existenziellen Belange der einzelnen Beschäftigten.

Vorbeugung und Umgang mit allen Formen von Belästigungen innerhalb des Betriebs und durch Dritte

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Beschäftigtenvertretungen können ein Beschwerdemanagement entwickeln, um Belästigungen innerhalb des Betriebs oder der Einrichtung entgegenzuwirken (siehe auch Peucker, S. 87 f.). An der Errichtung der Beschwerdestellen nach § 13 AGG, §§ 84, 85 BetrVG sollten die Beschäftigtenvertretungen beteiligt werden. Die personelle Besetzung sollte die erforderliche Neutralität gegenüber allen Betriebs- oder Dienstangehörigen sicherstellen.

Die Festlegung von Verfahrensabläufen und Sanktionsmöglichkeiten bei Diskriminierungen können die Opfer zur Gegenwehr ermutigen. Auf die Einbindung von Beschäftigten möglichst aller Abteilungen und Hierarchieebenen des Betriebs oder der Einrichtung ist besonders zu achten, um gerade in diesem sensiblen Bereich eine möglichst hohe Akzeptanz zu erreichen.

Interne Aufklärungs- und Schulungsmaßnahmen können die Aufmerksamkeit für Diskriminierungen schärfen und der Islamfeindlichkeit entgegenwirken. Einer Aufklärung, die gezielt an den konkreten Arbeitsbedingungen, den innerbetrieblichen Konflikten und den Kundenanforderungen ansetzt, ist der Vorzug vor allgemeinen Aufklärungskampagnen zu geben, die von den Beschäftigten von ihrer eigenen Arbeitswelt wegdefiniert werden. Der Fokus vieler Maßnahmen zur interkulturellen Kompetenz setzt noch zu stark an einer Defizitzuschreibung an, die nicht mit der Eigenwahrnehmung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter korrespondiert. Insbesondere in Großbetrieben und bei öffentlichen Trägern empfehlen sich Untersuchungen über die von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern konkret erlebten Konfliktbereiche und die Ausrichtung der Schulungsmaßnahmen auf den Erwerb definierter Zusatzqualifikationen.

Auch freiwillige Selbstverpflichtungen können einen bestimmten Standard der Nichtdiskriminierung in Betrieben und Einrichtungen festlegen.

6.3 Zusätzliche Empfehlungen für den öffentlichen Dienst

Die Öffnung des öffentlichen Dienstes für Musliminnen und Muslime setzt gezielte Maßnahmen der Personalgewinnung voraus, da der öffentliche Dienst von jungen Musliminnen und Muslimen kaum ernsthaft als Berufsperspektive ins Auge gefasst wird. Neben einer verstärkten Ansprache, Einbindung der Moscheevereine und der Migrantinnen- und

Migrantinnen-Selbstorganisationen (MSO) bei der Rekrutierung und bei interkulturell offenen Ausschreibungen (siehe die Praxisbeispiele bei Peucker, S. 73 ff.), kommen vor allem Vorbereitungslehrgänge zur Vermittlung spezifischer Kenntnisse der Verwaltungsabläufe, Arbeitsmethodik und Verwaltungsterminologie in Betracht. Auch hierbei handelt es sich um positive Maßnahmen nach § 5 AGG. Sie dienen jedoch dem Anschluss an ein chancengleiches Bewerbungsverfahren, ohne auf Einstellungsvoraussetzungen zu verzichten.

6.4 Empfehlungen an Gewerkschaften und Arbeitgebervertretungen

Schulungen

Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen sind aufgerufen, spezielle Schulungsmaßnahmen zur Entwicklung von Konzepten und Vereinbarungen auf der Ebene der Betriebe und Einrichtungen durchzuführen.

Unterstützung von Kleinbetrieben

In Kleinbetrieben ist die Implementierung eines Diversity-Managements deutlich erschwert. Hier sind besonders die Kammern und die Gewerkschaften gefragt, um für die verschiedenen Berufszweige und Betriebsformen übergreifende Schulungen und Anleitungen für Maßnahmen zu bieten.

6.5 Empfehlungen an die konfessionellen Träger sozialer Dienstleistungen

Die kirchlichen Wohlfahrtsverbände und konfessionellen Sozial- und Pflegedienstleister sollten ihre ablehnende Haltung gegenüber muslimischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern überdenken. Betroffen sind vor allem die Sozialdienste, die den Bürgerinnen und Bürgern unabhängig von der Konfession öffentlich angeboten werden und mit denen zugleich öffentlich garantierte Leistungsansprüche verwirklicht werden. Da die konfessionellen Träger in diesen Bereichen bereits freiwillig auf den Verkündigungsauftrag zugunsten der öffentlichen Finanzierung verzichtet haben, können sie sich auch gegenüber ihren Beschäftigten nicht mehr auf die christliche Dienstgemeinschaft berufen. Die Migrationsdienste in konfessioneller Trägerschaft erfordern ein multikulturell zusammengesetztes Team zur professionellen Wahrnehmung ihrer Aufgaben und sollten daher auch gezielt Fachkräfte aus muslimisch geprägten Herkunftsstaaten einstellen.

6.6 Empfehlungen an die Akteure der Arbeitsmarktintegration

Übergang von der Schule in den Beruf

Besondere Aufmerksamkeit ist der frühzeitigen Förderung von jungen Musliminnen und Muslimen beim Übergang von der Schule in den Beruf zu widmen. Eine Sonderförderung ist nicht erforderlich und in Hinblick auf eine Stigmatisierung der Religionszugehörigkeit auch abzulehnen. Auf die besonderen Arbeitsmarkthürden für Musliminnen und Muslime kann im Rahmen der allgemein zugänglichen Programme (zu den Leistungsvoraussetzungen siehe 6.1) eingegangen werden.

Aufsuchende Berufsberatung in Moscheen (siehe Xenos-Projekt, Peucker, S. 73) bietet die Möglichkeit, nicht nur die Jugendlichen, sondern auch ihre Eltern zu erreichen, die Bandbreite der bestehenden Ausbildungsmöglichkeiten zu vermitteln und konkrete Rekrutierungsverfahren (etwa der Kommune oder größerer Unternehmen) bekannt zu machen.

Bereits in den Schulabgangsklassen sollten Unterstützungen bei der Ausbildungsplatzsuche angeboten werden, entweder im Rahmen des § 241s SGB III oder als Einzelmaßnahme nach § 46 SGB III.

Verstärkt einzusetzen sind auch individuell ermittelte Maßnahmen der Einstiegsqualifizierung nach § 235b SGB III und notfalls außerbetriebliche Ausbildungen, wobei besonders darauf zu achten ist, dass Musliminnen und Muslimen auch weniger geschlechtsstereotype Berufsfelder eröffnet werden.

Hervorzuheben ist das Programm „Perspektive Berufsabschluss“ des BMBF mit Mitteln des ESF, bei dem die MSO gezielt einbezogen werden. So können gerade junge Musliminnen und Muslime ihre Erfahrungen bei der Ausbildungsplatzsuche in die Projektgestaltung und den Dialog mit den Ausbildungsbetrieben einbringen. Die Umsetzung in elf Städten ist erfreulich, aber bei Weitem nicht ausreichend.⁴⁶³

Nicht gefördert werden sollten Projekte zur Übernahme von Ausbildungsverantwortung innerhalb der muslimischen oder auch türkischen oder arabischen Gemeinschaft. Die Ausbildungsverantwortung für junge Menschen darf nicht den verschiedenen ethnischen oder religiösen Communities übertragen werden, sondern muss als gesellschaftliche Verantwortung von allen Betrieben und Institutionen übernommen werden.

Berufseinstieg für muslimische Mütter

Für Musliminnen ohne Berufserfahrungen nach oder während einer Familienphase sollten besonders kultursensible Gruppenmaßnahmen im Rahmen des § 46 SGB III zur Heranführung an den Arbeitsmarkt angeboten werden. Auf eine Selektion muslimischer Frauen ist jedoch möglichst zu verzichten und allein an den besonderen Schwierigkeiten von Frauen nach einer Familienphase ohne vorangegangene Berufserfahrungen anzusetzen. Die Maßnahmen könnten sowohl für Frauen ohne Leistungsbezug als auch für SGB-II-Leistungsempfängerinnen geöffnet werden.

Aufklärungsarbeit

Trainingsmaßnahmen, BvB und sonstige Qualifizierungsmaßnahmen sollten verpflichtende Module zu den Themenbereichen „Rechte aus dem AGG“, „religiöse Toleranz“ und „Bekämpfung von Rassismus und Sexismus“ im Bereich des Arbeitslebens enthalten.

⁴⁶³ Siehe unter: <http://www.jobstarter.de> (aufgerufen am 18.8.2010).

6.7 Empfehlungen an sonstige öffentliche Verwaltungen und Institutionen

Öffentliche Auftraggeber

Für die Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand bietet sich das Contract-Compliance-Verfahren an. Erfahrungen mit diesem Ansatz finden sich in den USA, Kanada, dem Vereinigten Königreich und Schweden.⁴⁶⁴ Das US-amerikanische Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP) überwacht seit 1978 als Teil des Department of Labor die Verpflichtung aller Firmen, die jährlich Regierungsaufträge von mindestens 10.000 Dollar erhalten, auf die Einhaltung des Diskriminierungsschutzes und verpflichtet sie zu positiven Maßnahmen gegenüber benachteiligten Gruppen.⁴⁶⁵ Das ausdrückliche Ziel ist die Garantie, dass mit Staatsgeldern bezahlte Arbeitsplätze grundsätzlich allen Bürgern ohne Diskriminierung zugänglich sein sollen. Durch die Verpflichtung der Vertragspartner auf eine diskriminierungsfreie Einstellungspraxis und Gestaltung von Arbeitsabläufen wird ein vorausschauender, proaktiver Diskriminierungsschutz im Unterschied zu einer lediglich reaktiv bewertenden Sichtweise erreicht. Insbesondere sollten auch die christlichen Wohlfahrtsverbände einbezogen werden. So kann sichergestellt werden, dass Musliminnen und Muslime bei Beschäftigungen im Bereich der sozialen Aufgaben, die die öffentliche Hand auf der Grundlage des sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzips finanziert, nicht unter Berufung auf das Kirchenprivileg ausgeschlossen werden.

Schulen

Die allgemeinbildenden Schulen sind in besonderem Maße gefordert, der weitverbreiteten Islamfeindlichkeit entgegenzuwirken, die Sensibilität für Diskriminierungen zu erhöhen und die Grundkenntnisse über den Rechtsschutz gegen Diskriminierung in der Bevölkerung zu verankern. Die ADS könnte zu diesem Zweck Lehrmodule entwickeln, die differenziert nach den verschiedenen Klassenstufen Lehrerinnen und Lehrern eine altersgerechte, spannende und reflektive Bearbeitung erleichtern.

Die Behandlung von Diskriminierungen im Arbeitsleben sollten einen festen Platz in allen Berufsschulklassen erhalten, wobei zusätzlich ein besonderes Gewicht auf den interreligiösen Dialog und die offene Auseinandersetzung mit den unterschiedlich religiös und kulturell geprägten Werthaltungen zu legen ist.

Kommunen

Auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene können Maßnahmen und Projekte entwickelt werden, um Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und muslimische Bewerberinnen und Bewerber für Ausbildungs- und Arbeitsstellen zusammenzuführen. Die Auslobung von Preisen, die finanzielle Förderung von Modellprojekten, lokale runde Tische, der Austausch muslimischer und nichtmuslimischer Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber können Einfluss auf verfestigte abweisende Grundhaltungen nehmen.

⁴⁶⁴ Craig, 2007, S. 175.

⁴⁶⁵ Homepage OFCCP, <http://www.dol.gov/ofccp/> (aufgerufen am 13.8.2010).

6.8 Schlussbemerkung

Grundsätzlich benötigt der Diskriminierungsschutz für Musliminnen und Muslime im Arbeitsleben eine gesellschaftliche Basis. Unverzichtbar ist die öffentliche Wahrnehmung und Akzeptanz islamischer Religionsgemeinschaften als Teil der organisierten Zivilgesellschaft (siehe Art. 17 AEUV). Sie müssen in der Öffentlichkeit und den Medien angemessen vertreten sein und in den Dialog mit Kirchen und religiösen und weltanschaulichen Gemeinschaften einbezogen werden.

Der Verlagerung einer allgemeinen Fremdenfeindlichkeit auf eine gesellschaftlich akzeptierte Islamfeindlichkeit kann auch durch eine breitere Information der Öffentlichkeit über die Glaubensinhalte und die Vielfalt der verschiedenen Ausrichtungen des Islams entgegengewirkt werden.

Durch Ermutigung und Unterstützung können Eigeninitiativen gefördert werden, damit Musliminnen und Muslime verstärkt auf der Ebene der Betriebe, der Gewerkschaften und der Stadtteile Zusammenschlüsse bilden zur Formulierung ihrer religionsbedingten Bedürfnisse und zur Entwicklung von Durchsetzungsstrategien.

Literatur

Addison, Neil (2007): Religious Discrimination and Hatred Law, Routledge-Cavendish.

Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen (2007): Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Stuttgart.

Albiston, Cathrine R. (2005): Mobilizing Employment Rights in the Workplace, in: Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert L.: Handbook of Employment Discrimination Research, New York, S. 301 ff.

Annuß, Georg in Staudinger (2009): BGB, § 611 Neubearbeitung 2005, Berlin.

Anweiler, Jochen (1997): Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt/M.

Arnardóttir, Oddný Mjöll (2009): Multidimensional equality from within: Themes from the European Convention on Human Rights, in Schiek, Dagmar/Chege, Victoria: European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 53 ff.

Bader, Johann: Gleichbehandlung von Kopftuch und Nonnenhabit?, NVwZ 2006, 1.333 ff.

Badura, Peter in Maunz/Dürig (2010): Grundgesetz, 57. Aufl., München.

Baer, Susanne/Wrase, Michael: Staatliche Neutralität und Toleranz in der „christlich-abendländischen Wertewelt“, DÖV 2005, 243 ff.

Basdevanat-Gaudemet, Brigitte: Staat und Kirche in Frankreich, in: Robbers, Gerhard (2005): Staat und Kirche in der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden, S. 171.

Battis, Ulrich in Sachs, Michael (2009): Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München.

Battis, Ulrich/Bultmann, Peter Friedrich: Was folgt für die Gesetzgeber aus dem Kopftuchurteil des BVerfG, JZ 2004, 581 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus/Preis, Ulrich/Schunder, Achim: „Errata“ des Gesetzgebers – Erste Korrektur des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 1.261 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus/Evers, Malte: Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden?, NZA 2006, 893 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus/Göpfert, Burkhard/Krieger, Steffen (2008): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., München.

Belling, Detlev: Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885 ff.

Berg, Peter in Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Hummel, Dieter/Wolmerath, Martin (2008): Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Baden-Baden.

Berghahn, Sabine: Deutschlands konfrontativer Umgang mit dem Kopftuch der Lehrerin, in: Berghahn, Sabine/Rostock, Petra (2009): Der Stoff, aus dem Konflikte sind, Bielefeld, S. 33 ff.

Berlit, Uwe: Anmerkung zu VG Mainz vom 26.2.2003, info also 2003, 166 ff.

Bernsdorff, Norbert in Meyer, Jürgen (2006): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden.

Bertrams, Michael: Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBL 2003, 1225, 1229.

Bieback, Karl-Jürgen in von Maydell, Bernd Baron von/Ruhland, Franz/Becker, Ulrich (2008): Sozialrechtshandbuch, Baden-Baden.

Bleckmann, Albert (1995): Von der individuellen Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, Köln.

Blomeyer, Christian (1994): Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung gemäß Art. 119 EGV: Seine Funktion im deutschen Arbeitsrecht, Baden-Baden.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723 ff.

Boyle, K./Sheen, J. (1997): Freedom of Religion and Belief, A World Report, London.

Brecher, Fritz: Grundrechte im Betrieb, in: Nipperdey, Hans-Carl/Dietz, Rolf/Hübner, Heinz (1965): Festschrift für Hans-Carl Nipperdey, Bd. II, München, S. 29 ff.

Brenner, Michael in Campenhausen, Axel Freiherr von (2003): Deutsches Staatskirchenrecht zwischen Grundgesetz und EU-Gemeinschaftsrecht, Frankfurt/M.

Breuer, Marten: Abschiebung mit Kopftuch. Nachbemerkung zu einem (un)erledigten Verfahren, NVwZ 2002, 950 ff.

Brors, Christiane in Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (2008): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden.

Brühl, Albrecht in Münder, Johannes (2009): Sozialgesetzbuch II, Grundsicherung für Arbeitsuchende, Baden-Baden, zitiert: LPK-SGB II.

Budde, Petra: Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? – Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, AuR 2005, 353.

Bufalica, Andreas in Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Hummel, Dieter/Wolmerath, Martin (2008): Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Baden-Baden.

Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Haug, Sonja/Müssig, Stephanie/Stichs, Anja (2009): Muslimisches Leben in Deutschland, Nürnberg.

Burg, Indra (2009): Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, Berlin.

Campenhausen, Axel Freiherr von in Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (2010): Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München.

Campenhausen, Axel Freiherr von/de Wall, Heinrich (2006): Staatskirchenrecht, 4. Aufl., München.

Chon, Margaret/Arzt, Donna E.: Walking while Moslem, Law and Contemporary Problems, 68 (2005), S. 215 ff.

Classen, Claus-Dieter (2006): Religionsrecht, Tübingen.

Conring, Hans Tjabert (1998): Kooperative Religionsfreiheit in Europa, Frankfurt/M.

Craig, Roland (2007): Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality, Leiden.

Crenshaw, Kimberlé: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum 1989, 139 ff.

Crenshaw, Kimberlé: Mapping the margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Colour, Stanford Law Review 43 (1991), 1.241 ff.

Cumper, Peter: Religious Discrimination in Britain: New Opportunities and Fresh Challenges within Employment, in: Ghanea, Nazila (2003): The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium, Leiden/Boston, S. 157 ff.

Czermak, Gerhard: Bewegung ins Staatskirchenrecht, ZRP 1990, 475 ff.

Däubler, Wolfgang: Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer, RdA 2003, 204 ff.

de Wall, Heinrich: Europäisches Staatskirchenrecht, ZevKr 45 (2000), 157 ff.

Degen, Barbara: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Tanzschritte auf dem Weg zur Gerechtigkeit im Erwerbsleben, Streit 2007, 15 ff.

Degener, Theresia/Dern, Susanne/Dieball, Heike/Frings, Dorothee/Oberlies, Dagmar/Zinsmeister, Julia (2008): Antidiskriminierungsrecht. Handbuch für Lehre und Beratungspraxis, Frankfurt/M.

Deinert, Olaf: Arbeitnehmerschutz vor Diskriminierung in kirchlichen Einrichtungen, EuZA 2009, 332 ff.

Deinert, Olaf: Diskriminierungen sind Persönlichkeitsverletzungen, AiB 2006, 741 ff.

Delgado, Richard/Stefancic, Jean (2001): Critical Race Theory: An Introduction, New York.

Diller, Martin/Krieger, Steffen/Arnold, Christian: Kündigungsschutz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 887 ff.

Durkheim, Emile (1947): The Elementary Forms of Religious Life, New York.

Ebert, Ina in Schulze, Reiner (2009): Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Auflage, Baden-Baden.

Echterhölter, Rudolf: Anm. zu LAG Düsseldorf v. 14.2.1963, BB 1964, 597.

Edelman, Lauren: Law at Work: The Endogenous Construction of Civil Rights, in: Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert L. (2005): Handbook of Employment Discrimination Research, New York, S. 337 ff.

Evans, C. (2001): Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights, Cambridge.

Evans, Carolyn: The Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, in: Ghanea, Nazila (2003): The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium, Leiden/Boston, S. 33 ff.

Evans, Malcom D.: Believing in Communities, European Style, in: Ghanea, Nazila (2003): The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium, Leiden/Boston, S. 133 ff.

Fredman, Sandra: Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality in Fredman, Sandra (2001): Discrimination and Human Rights – The Case of Racism, Oxford, S. 9 ff.

Fredman, Sandra: Positive rights and positive duties: Addressing intersectionality, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 73 ff.

Frings, Dorothee: Diskriminierung durch Behörden und im Bereich des öffentlichen Rechts, in: Degener, Theresia/Dern, Susanne/Dieball, Heike/Frings, Dorothee/Oberlies, Dagmar/Zinsmeister, Julia (2008): Antidiskriminierungsrecht. Handbuch für Lehre und Beratungspraxis, Frankfurt/M., S. 324 ff.

Fuchs, Maximilian in Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Stand 2010): BGB Beck'scher Online-Kommentar.

Gagel, Alexander (2010): SGB II/SGB III, München.

Geiger, Udo (2009): Leitfaden zum Arbeitslosengeld II, Frankfurt/M.

Germann, Michael/de Wall, Heinrich in Krause, Rüdiger/Veelken, Winfried/Vieweg, Klaus (2004): Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin, S. 549.

Ghanea, Nazila: The 1981 UN Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief: Some Observations, in: Ghanea, Nazila (2003): The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium, Leiden/Boston, S. 9 ff.

Giegerich, Thomas: Religionsfreiheit als Gleichheitsanspruch und Gleichheitsproblem, in: Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (2001): Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin, S. 241 ff.

Graser, Alexander in Schwarze, Jürgen (2009): EU-Kommentar, Baden-Baden.

Grobys, Marcel: Besondere arbeitsrechtliche Rechtsquellen, Teil 1; NJW-Spezial 2006, 225 ff.

Groh, Jens Sebastian (2009): Einstellungs- und Kündigungskriterien kirchlicher Arbeitgeber vor dem Hintergrund des § 9 AGG, Frankfurt/M.

Habscheid, Edgar: Anm. zu LAG Düsseldorf v. 14.2.1963, JZ 1964, 246.

Hackethal, Alexandra in Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas: jurisPK-SGB II, 2. Aufl. 2007, Stand 2009.

Hadeler, Indra: Die Revision der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG – Umsetzungsbedarf für das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2003, 77, 78 f.

Halfmann, Ralf: Der Streit um die „Lehrerin mit Kopftuch“ – Die Religionsfreiheit von Beamten im Konflikt mit dem religiös-weltanschaulichen Neutralitätsgebot des Staates, NVwZ 2000, 862 ff.

Hamacher, Anno/Ulrich, Christoph: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen nach Inkrafttreten und Änderung des AGG, NZA 2007, 626.

Hammer, Ulrich: Bereichsausnahmen für kirchliche Einrichtungen in der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG, in: Rust, Ursula u. a. (2003): Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland. Dokumentation eines Symposiums der Evangelischen Akademie Loccum vom 24. bis 25.2.2003 – Rehburg-Loccum: Evang. Akad. Loccum, S. 181.

Hanau, Peter: Die Europäische Grundrechtscharta. Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht, NZA 2010, 1 ff.

Hanau, Peter/Thüsing, Gregor (2001): Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht, Baden-Baden.

Heinig, Hans-Michael: Ordnung der Freiheit – das Staatskirchenrecht vor neuen Herausforderungen, ZevKR 53 (2008), 235 ff.

Hennig, Wiebke/Baer, Susanne: Europarecht als Chance – zu den Richtlinien 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 und 2000/78/EG vom 27. November 2000 gegen Diskriminierung, Streit 2002, 169 ff.

Hense, Ansgar in Epping, Volker/Hillgruber, Christian (2010): Grundgesetz, Beck'scher Online-Kommentar.

Henssler, Martin in Henssler, Martin (2009): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, München.

Hernández, Tanja Kateri: The Intersectionality of Lived Experience and Anti-Discrimination Empirical Research, in: Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert L. (2005): Handbook of Employment Discrimination Research, New York, S. 325 ff.

Hillgruber, Christian: Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport. Die Antwort des Grundgesetzes auf eine religiöse Herausforderung, JZ 1999, 538 ff.

Hillgruber, Christian: Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und die Jurisdiktionsgewalt des Staates, in: Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 297 ff.

Hinrichs, Oda in Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (2008): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden.

Hobe, Stephan: Die Verbürgung der Religionsfreiheit in der EU-Grundrechtscharta, in: Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 317 ff.

Hoevels, Niloufar (2003): Islam und Arbeitsrecht, Köln.

Höfling, Wolfram in Dolzer, Rudolf/Graßhof, Karin/Kahl, Wolfgang (Stand 2010): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg.

Hofmann, Hans: Religiöse Symbole in Schule und Öffentlichkeit – Stand der Entwicklung der Landesgesetzgebung und Rechtsprechung nach der Richtungsentscheidung des BVerfG von 2003, NVwZ 2009, 74 ff.

Hofmann, Hans in Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfau, Axel (2008): Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., München.

- Hollerbach, Alexander:** Europa und das Staatskirchenrecht, ZevKR 35 (1990), 250 ff.
- Holzleitner, Elisabeth:** Mainstreaming equality. Dis/Entangling Grounds of Discrimination, Transnational Law and Contemporary Problems 14:3 (2005), 927 ff.
- Horn, Christian (2009):** Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Europarecht, Baden-Baden.
- Hoyningen-Huene, Gerrick v.:** Öffnungsklauseln für Kirchen in Arbeitsrechtsgesetzen, RdA 2002, 65 ff.
- Hufen, Friedhelm:** Der Regelungsspielraum des Landesgesetzgebers im Kopftuchstreit, NVwZ 2004, 575.
- Husmann, Manfred:** Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und seine Auswirkungen auf das Sozialrecht, Teil II, ZESAR 2007, 58 ff.
- Husmann, Manfred:** Auswirkungen des neuen Anti-Diskriminierungsrechts auf das Sozialrecht, NZA-Beilage 2008, 94 ff.
- Institut für Arbeit und Qualifikation/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung/ Team Dr. Kaltenborn/TNS Emnid/Zentrum für Türkeistudien/Frings, Dorothee (2009):** Wirkungen des SGB II auf Personen mit Migrationshintergrund, Duisburg.
- International Labour Organisation (ILO):** Equality at Work: Tackling the Challenges, International Labour Conference, 96th Session 2007, Genf.
- Isensee, Josef:** Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, in: Listl/Pirson (1995): Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, Berlin, S. 665 ff.
- Jachmann, Monika in Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (2005):** Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 5. Aufl., München.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (2007):** Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., München.
- Jeand'Heur, Bernd/Korioth, Stefan (2000):** Grundzüge des Staatskirchenrechts, Stuttgart.
- Joussen, Jacob in Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (2008):** Arbeitsrecht, München.
- Joussen, Jacob:** „Ut unum sint“ – Betriebsgemeinschaft und Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht, RdA 2007, 328 ff.
- Joussen, Jacob:** Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, RdA 2003, 32 ff.

Joussen, Jacob: Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG, NZA 2007, 174 ff.

Joussen, Jacob: § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675 ff.

Kamanabrou, Sudabeh: Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2006, 321 ff.

Kania, Thomas in Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (2010): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl., München.

Kapp, Christoph in Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (2010): Sozialrecht, Beck'scher Online-Kommentar.

Kehlen, Detlef (2003): Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, Frankfurt/M.

Khoury, Adel Theodor/Heine, Peter/Oebbecke, Janbernd (2000): Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, Gütersloh.

Kinzinger-Büchel, Christine (2009): Der Kopftuchstreit in der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung, Bonn.

Knecht, Matthias in Schwarze, Jürgen (2009): EU-Kommentar, Baden-Baden.

Kocher, Eva: Zum Verhältnis von Gleichbehandlung und Gleichstellung, RdA 2002, 167 ff.

Kocher, Eva: Die Eignung einer Bewerberin als Rechtsfrage, AuR 2009, 78 ff.

Korioth, Stefan in Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Stand 2010): Grundgesetz, München.

Krause, Rüdiger: Antidiskriminierungsrecht und Kundenpräferenzen, in: Hanau, Peter/Thau, Jens T./Westermann, Harm Peter (2008): Gegen den Strich, Festschrift für Klaus Adomeit, Köln, S. 377 ff.

Kunig, Philip in Münch, Ingo von/Kunig, Philip (2001): Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München.

Laskowski, Silke: Der Streit um das Kopftuch geht weiter, KJ 2003, 420 ff.

Leible, Stefan: Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber, Karl (2006): Europäische Methodenlehre, Band 2, Berlin, S. 116 f.

Liisberg, Jonas Bering: Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a Fountain of Law or just an Inkblot?, CMLRev 2001, S. 1171 ff.

Lindner, Josef Franz: Konfrontationsschutz als negative Komponente der Freiheitsrechte – Eine neue grundrechtsdogmatische Argumentationsfigur, NVwZ 2002, 37 ff.

Lingemann, Stefan/Müller, Matthias: Die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die Arbeitsvertragsgestaltung, BB 2007, 2006 ff.

Link, Christoph: Staat und Kirche im Rahmen des europäischen Einigungsprozesses, ZevKR 42 (1997), 130 ff.

Link, Christoph: Antidiskriminierung und kirchliches Arbeitsrecht, in: Krause, Rüdiger/Veelken, Winfried/Vieweg, Klaus (2004): Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin.

Lipsch, Andreas: Diskriminierung wegen der Religion – aus Sicht der Evangelischen Kirche, Tagungsbeitrag Bad Boll: Diversity: Chancengleichheit und Vielfalt v. 14.3.2009.

Listl, Joseph/Pirson-Robbers, Dietrich (1994): Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin.

Loenen, Titia: The headscarf debate: Approaching the intersection of sex, religion and race under the European Convention on Human Rights and EC equality law, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 313 ff.

Löwisch, Manfred: Kündigen unter dem AGG, BB 2006, 2.189.

Lüdtke, Peter-Bernd in Kruse, Jürgen/Lüdtke, Peter-Bernd/Reinhard, Hans-Joachim/Winkler, Jürgen/Zamponi, Irene (2008): Sozialgesetzbuch III, Arbeitsförderung, Baden-Baden, zitiert als LPK-SGB III.

Luthe, Ernst-Wilhelm: Sanktionen, Mindestbedarf und die Sozialpflichtigkeit des Hilfebedürftigen, SGB 2006, 637 ff.

Mager, Ute in Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (2000): Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Aufl., München.

Mahlmann, Matthias: Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case, German Law Journal 2003, 1099 ff.

Mahlmann, Matthias: Dienstrechtliche Konkretisierung staatlicher Neutralität, ZRP 2004, 123 ff.

Mahrenholz, Ernst Gottfried: „Ein Kopftuch, aber ach, kein Kopftuch nur, wie faß ich Dich, unendliche Kultur“ in Brenner, Michael/Hubert, Peter M./Möstl, Markus (2004): Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, S. 749 ff.

Mahrenholz, Ernst-Gottfried/Jestaedt, Matthias/Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Stellungnahmen vor dem Ausschuss für Schule, Jugend und Sport und dem Ständigen Ausschuss des Landtags von Baden-Württemberg am 12. März 2004 zu LT-Drucksachen 13/2793 und 13/2837 zu § 38 SchulG BW.

Major, Brenda/Kaiser, Cheryl R.: Perceiving and Claiming Discrimination, in: Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert L. (2005): Handbook of Employment Discrimination Research, New York, S. 285 ff.

Marré, Heiner: Der Islam in Deutschland – Historische, politische und rechtliche Überlegungen zu einem komplexen Thema, in: Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 553 ff.

Masing, Johannes in Dreier, Horst (2006): Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Tübingen.

Mauer, Reinhold in Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (2010): Arbeitsrecht, Beck'scher Online-Kommentar.

McCall, Leslie (2001): Complex Inequality: Gender, Class and Race in the New Economy, London.

McCall, Leslie: The Complexity of Intersectionality, Journal of Women in Culture and Society 30 (2005), 1771 ff.

Meyer-Ladewig, Jens (2006): Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden.

Minnerath, Roland: Das Verhältnis von Gesellschaft, Staat und Kirche in Frankreich, in: Kämpfer, Burkhard/Schlagheck, Michael (2002): Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung, Berlin, S. 51 ff.

Mohr, Jochen (2004): Schutz vor Diskriminierung im Europäischen Arbeitsrecht, Berlin.

Mohr, Jochen: Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote zwischen Marktwirtschaft und Sozialstaat, in: Hanau, Peter/Thau, Jens T./Westermann, Harm Peter (2008): Gegen den Strich, Festschrift für Klaus Adomeit, Köln, S. 477 ff.

Mohr, Jochen/von Fürstenberg, Maximilian: Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122 ff.

Mückl, Stefan: Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen? Der Staat 40 (2001), 96 ff.

Müller-Glöge, Rudi in Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (2010): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl., München.

Müller-Volbehr, Gerd (1999): Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen, Heidelberg.

- Naumann, Kolja (2008):** Eine religiöse Referenz in einem Europäischen Verfassungsvertrag, Tübingen.
- Nickel, Rainer:** Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668 ff.
- Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert L. (2005):** Handbook of Employment Discrimination Research, New York.
- Nielsen, Ruth:** Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet? Precautions against neglecting intersectional cases, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 29 ff.
- Oebbecke, Janbernd:** Das „islamische Kopftuch“ als Symbol, in: Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rüdner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 593 ff.
- Oetker, Hartmut:** Die Ausprägungen der Grundrechte des Arbeitnehmers in der Arbeitsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, RdA 2004, 8 ff.
- Oetker, Hartmut in Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (2010):** Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl., München, zitiert: ErfK.
- Ottenberg, Daniel (2009):** Der Schutz der Religionsfreiheit im internationalen Recht, Baden-Baden.
- Öztürk, Ilknur:** Das Kopftuch sorgt weiterhin für Gesprächsstoff in Deutschland, DÖV 2007, 993 ff.
- Pernice, Ingolf/Mayer, Franz in Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (2008):** Das Recht der Europäischen Union, Band III, München.
- Pernice, Ingolf:** Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 2001, 148 ff.
- Preis, Ulrich in Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (2007):** Kündigungsrecht: Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, München.
- Preis, Ulrich/Greiner, Stefan:** Religiöse Symbole und Arbeitsrecht, in: Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rüdner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 653 ff.
- Preuß, Ulrich K. in Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehard (2001):** Alternativkommentar GG, Köln.
- Raasch, Sybille/Rastetter, Daniela (2009):** Die Anwendung des AGG in der betrieblichen Praxis, Projektbericht.

Redeker, Konrad/Karpenstein, Ulrich: Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, NJW 2001, 2825.

Reichegger, Heidi (2005): Die Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht, Wallenstein.

Reichold, Hermann: Europa und das kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, NZA 2001, 1054 ff.

Reichold, Hermann in Hensseler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (2010): Arbeitsrecht Kommentar, Köln.

Reichold, Hermann/Richardi, Reinhard/Wissmann, Helmut/Wlotzke, Otfried/Oetker, Hartmut (2009): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München.

Rengeling, Hans-Werner (1993): Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München.

Reskin, Barbara F.: Including Mechanisms in our Model of Ascriptive Inequality, in: Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert L. (2005): Handbook of Employment Discrimination Research, New York, S. 75 ff.

Richardi, Reinhard: Die Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Arbeitsrechts, in: Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 727 ff.

Richardi, Reinhard: Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 881 ff.

Richardi, Reinhard in Richardi, Reinhard/Wissmann, Helmut/Wlotzke, Otfried/Oetker, Hartmut (2009): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München.

Richardi, Reinhard (2009): Arbeitsrecht in der Kirche, 5. Aufl., München.

Richardi, Reinhard in Richardi, Reinhard (2010): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 12. Aufl., München.

Rixen, Stephan in Eicher, Wolfgang/Spellbring, Wolfgang (2008): SGB II, Grundsicherung für Arbeitsuchende, München.

Robbers, Gerhard in Listl, Joseph/Pirson, Dietrich (1994), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, Berlin.

Robbers, Gerhard in Fiedler/Robbers/Brenner (2000): Staat und Religion, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Heidelberg v. 6. bis 9. Oktober 1999, Heidelberg, S. 225 ff.

Robbers, Gerhard: Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen, in: Isensee, Josef/Rees, Wilhelm/Rüther, Wolfgang (2004): Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist, Festschrift für Joseph Listl, Berlin, S. 753 ff.

Rohe, Mathias: Schutz vor Diskriminierung aus religiösen Gründen im Europäischen Arbeitsrecht – Segen oder Fluch?, in: Krause, Rüdiger/Veelken, Winfried/Vieweg, Klaus (2004): Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin.

Roloff, Sebastian in Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (2010): Arbeitsrecht, Beck'scher Online-Kommentar.

Röper, E.: Frau mit Kopftuch ungeeignet als Lehrerin und Beamte, VBIBW 2005, 81 ff.

Roseberry, Lynn: Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 329 ff.

Rudolf, Beate/Mahlmann, Matthias (2007): Gleichbehandlungsrecht, Baden-Baden.

Rüfner, Wolfgang in Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus (Stand 2007): Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Heidelberg.

Sachs, Michael: Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (1992): Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, Heidelberg.

Sacksofsky, Ute in Umbach, Peter/Clemens, Thomas (2002): Grundgesetz, Bd. 1, Heidelberg.

Sacksofsky, Ute: Die Kopftuchentscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, 3297 ff.

Sacksofsky, Ute: Gleichheit in der neuen Vielfalt: Neuer Streit um Gleichberechtigung, KJ 2009, 147 ff.

Sacksofsky, Ute: Religion and equality in Germany: The headscarf debate from a constitutional perspective, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 353 ff.

Sagan, Adam: Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 1257 ff.

Schiek, Dagmar: From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 3 ff.

Schiek, Dagmar: Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873 ff.

Schlachter, Monika in Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (2010): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl., München, zit: ErfK.

Schleusener, Aino in Schleusener, Aino/Suckow, Jens/Vogt, Burkhard (2008): Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Köln.

Schliemann, Harald: Europa und das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2003, S. 407 ff.

Schmidt, Marlene in Schiek, Dagmar (2007): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München.

Schrader, Peter: BAG: Abmahnung wegen Verstoßes gegen das Verbot religiöser Bekundungen in Schulen, ArbR 2010, 91.

Schubert, Michael in Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Hummel, Dieter/Wolmerath, Martin (2008): Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Baden-Baden.

Schwerdtner, Eberhard: Das Kopftuch ein Beschäftigungshindernis?, VBIBW 2004, 137 ff.

Singer, Reinhard: Vertragsfreiheit und Antidiskriminierung – zur rechtspolitischen, verfassungs- und europarechtlichen Kritik am Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, in: Hanau, Peter/Thau, Jens T./Westermann, Harm Peter (2008): Gegen den Strich, Festschrift für Klaus Adomeit, Köln, S. 703 ff.

Singer, Reinhard: Grundfragen der Gleichbehandlung im Zivil- und Arbeitsrecht, in: Dietrich, Thomas/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Kezuka, Katsutoshi/Pfarr, Heide (2010): Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Baden-Baden.

Solanke, Iyiola: Stigma. A limiting principle allowing multiple-consciousness in anti-discrimination law?, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 115 ff.

Stein, Axel in Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel (2008): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München.

Steinmeyer, Horst in Gagel, Alexander (Stand 2010): SGB II/SGB III, München.

Streinz, Rudolf: Auswirkungen des Europarechts auf das deutsche Staatskirchenrecht, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 31 (1996), Münster 1997, S. 53 ff.

Sturm, Susan: Law's Role in Addressing Complex Discrimination, in: Nielsen, Laura Beth/Nelson, Robert L. (2005): Handbook of Employment Discrimination Research, New York, S. 35 ff.

Thüsing, Gregor: Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht, ZfA 2001, 397 ff.

Thüsing, Gregor: Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer – Zur Unverzichtbarkeit i. S. des § BGB § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB, RdA 2001, 319.

Thüsing, Gregor: Das Verbot der Diskriminierung wegen Teilzeit und Befristung nach § 4 TzBfG, ZfA 2002, 249 ff.

Thüsing, Gregor: Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte des Arbeitnehmers, in: Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 901 ff.

Thüsing, Gregor: Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, 405 ff.

Thüsing, Gregor (2006): Kirchliches Arbeitsrecht, Tübingen.

Thüsing, Gregor: Kleiderordnungen, JZ 2006, 223 ff.

Thüsing, Gregor (2007): Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München.

Thüsing, Gregor in Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (2007): Münchener Kommentar zum BGB, Band 1/2, 5. Auflage, München.

Thüsing, Gregor/Fink-Jamann, Daniela/von Hoff, Konrad: Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Legitimation zur Unterscheidung nach der Religion, ZfA 2009, 153 ff.

Tiling, Christian von: Kirchlicher Dienst: Neue Rahmenbedingungen für Einstellungen durch das AGG?, ArbRB 2009, 80 ff.

Tolmein, Oliver: Diskriminierungsfreie Ablehnung einer Bewerberin durch Diakonisches Werk, jurisPR-ArbR 13/2010.

Traulsen, Christian: Distanzierende Neutralität an Baden-Württembergs Schulen?, RdJB 2006, 116, 121.

Triebel, Matthias (2005): Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, Frankfurt/M.

Triebel, Matthias: Der Kirchenartikel im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, ZevKr 49 (2004), 644 ff.

Triebel, Matthias: Kopftuch und staatliche Neutralität, BayVBl. 2002, 624, 625

Ünsal, Feyzan (2009): Politische und religiöse Symbole im Betrieb, Frankfurt am Main.

Vickers, Lucy (2008): Religious freedom, religious discrimination and the workplace, Oxford.

Vieten, Ulrike M.: Intersectionality scope and multidimensional equality within the European Union: Traversing national boundaries of inequality?, in: Schiek, Dagmar/Chege, Victoria (2009): European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Abingdon, S. 93 ff.

Voggenreiter, Claudia in Rudolf, Beate/Mahlmann, Matthias (2008): Gleichbehandlungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden.

Voigt, Burkhard in Schleusener, Aino/Suckow, Jens/Voigt, Burkhard (2008): Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Köln.

Waas, Bernd/Palonka, Anita in Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Hummel, Dieter/Wolmerath, Martin (2008): Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Baden-Baden.

Wagner, Gerhard: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.

Waldhoff, Christian in Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (2003): EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Aufl., München.

Waldhoff, Christian: Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht, JZ 2003, 978 ff.

Walker, Wolf-Dietrich: Der Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG, NZA 2009, 5 ff.

Walter, Christian: Religiöse Freiheit als Gefahr?, DVBl. 2008, 1073 ff.

Walter, Christian/v. Ungern-Sternberg, Antje: Landesrechtliche Kopftuchverbote auf dem Prüfstand des Antidiskriminierungsrechts, DÖV 2008, 880 ff.

Wank, Rolf: Diskriminierung in Europa – Die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien aus deutscher Sicht, NZA Sonderbeilage zu Heft 22/2004, 16 ff.

Wedde, Peter in Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (2008), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden.

Wege, Donat (2007): Religion im Arbeitsverhältnis – Freiheitsgarantien und Diskriminierungsschutz in Kooperation, Berlin.

Wegener, Bernhard in Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (2007): Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., München.

Weinbrenner, Lars: Arbeitskleidung und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, ArbR 2010, 260 ff.

Weller, Paul: The Dimensions and Dynamics of Religious Discrimination: Findings and Analysis from the UK, in: Ghanea, Nazila (2003): The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium, Leiden/Boston, S. 57 ff.

Wenzel, Eva-Maria (2008): Religionsbedingte Konflikte im Arbeitsleben, Aachen.

Werner, Michael in Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (2010): Arbeitsrecht, Beck'scher Online-Kommentar.

Wiedemann, Herbert (2001): Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, Tübingen.

Wiedemann, Herbert: Neuere Rechtsprechung zur Verteilungsgerechtigkeit und zu den Benachteiligungsverboten, RdA 2005, 193 ff.

Wiese, Kirsten: Kopftuch 2007 – Status Quo und Aussichten, ZBR 2007, 294 ff.

Willemsen, Heinz-Josef/Schweibert, Ulrike: Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, 2583 ff.

Wisskirchen, Gerlind: Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Ein „Kochrezept für Arbeitgeber“, DB 2006, 1491 ff.

Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander: Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169 ff.

Wolfrum, Rüdiger: Das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Rasse, Herkunft, Sprache oder Hautfarbe im Völkerrecht, in: Wolfrum, Rüdiger (2003): Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin u. a., S. 215 ff.

Yoshino, Kenji: Covering, Yale Law Journal 111 (2002), 769 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AA	Arbeitsagentur
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbR	Arbeitsrecht aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Der Arbeitsrechtsberater (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAföG	Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
Ba-Wü	Baden-Württemberg
Bay.	Bayerische
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BvB	Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahme
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
CESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DSG-EKD	Datenschutzgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag)
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
endg.	endgültig
EQJ	Einstiegsqualifizierung Jugendlicher
ESF	Europäischer Sozialfonds
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar
GRC	Grundrechtscharta der Europäischen Union
Hess.	Hessischer
ILO	International Labour Organisation
i. V. m.	in Verbindung mit
juris	Rechtsinformationssystem der juris GmbH, www.juris.de
JZ	Juristische Zeitung
KDO	Anordnung über den kirchlichen Datenschutz
KJ	Kritische Justiz
KOM	Mitteilungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LPK	Lehr- und Praxiskommentar (siehe Literaturverzeichnis)
LSG	Landessozialgericht
MSO	Migranten- und Migrantinnen-Selbstorganisation
nF	neue Fassung
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RL	Richtlinie des Rats der Europäischen Union
Rn.	Randnummer, Randziffer
Rs.	Rechtssache

SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB I	Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil
SGB II	Sozialgesetzbuch II – Grundsicherung für Arbeitsuchende
SGB III	Sozialgesetzbuch III – Arbeitsförderung
SGB VIII	Sozialgesetzbuch VIII – Kinder- und Jugendhilferecht
SGB IX	Sozialgesetzbuch IX – Rehabilitation/Teilhabe
SGB X	Sozialgesetzbuch X – Verwaltungsverfahren
SGB XII	Sozialgesetzbuch XII – Sozialhilfe
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaft
SozR	Sozialrecht (Entscheidungssammlung)
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u. a.	unter anderem
UN	United Nations/Vereinte Nationen
URL	Uniform Resource Locator (einheitlicher Quellenanzeiger im Internet)
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO (EG)	Verordnung der Europäischen Gemeinschaft
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZevKr	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht (Zeitschrift)
ZiP	Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil
zzgl.	zuzüglich

Dieses PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; es wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Dieses Dokument wurde im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erstellt. Der Inhalt des Dokuments wird vollständig von der Autorin verantwortet und spiegelt nicht notwendigerweise die Position der ADS wider.

Herausgeber:

Antidiskriminierungsstelle
des Bundes
Glinkastraße 24
10117 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Kontakt:

Zentrale: 03018 555-1855
Beratung: 03018 555-1865 (Mo bis Fr, 9–12 Uhr und 13–15 Uhr)
Fax: 03018 555-41865
Besuchszeiten nach Vereinbarung
E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung:

www.avitamin.de

Stand:

September 2010