

Musliminnen und Muslime im Arbeitsleben – Rechtliche Grundlagen

Vortrag auf der Fachtagung der Deutschen Islamkonferenz , Berlin, 18. April 2012

Prof. Dr. Dorothee Frings

1. Religionsfreiheit im Arbeitsleben

Die Religionsfreiheit gilt allen internationalen und europäischen Menschenrechtskonventionen (Art. 2 AEMR, Art. 2 Abs. 1 IPBPR, Art.2 Abs. 1 IPWSKR, Art. 9 EMRK, Art 10 Abs. 1 GRC) ebenso wie dem Grundgesetz (Art. 4) als eines der zentralen Persönlichkeitsrechte, da die religiösen Bindungen eines Menschen untrennbar mit seiner persönlichen Identität verbunden sind. Rechtswissenschaftlich ist der Begriff der „Religion“ dabei kaum in seinen genauen Konturen zu fassen.¹ Er muss bewusst offen bleiben, da Glaubensfragen gerade keiner abgeschlossenen Definition zugänglich sind.² So finden sich dann weder auf der Ebene des europäischen Rechts noch in den Rechtssetzungen der meisten Mitgliedstaaten Legaldefinitionen des Begriffs der Religion.³ Die Dimension der Religion ist weitgehend am eigenen Selbstverständnis zu orientieren⁴, allerdings behält sich die Rechtsprechung eine Plausibilitätsprüfung vor, um die staatliche Letztentscheidungskompetenz zu erhalten.⁵

Als eine der großen Weltreligionen ist der Islam zweifelsfrei als Religion einzuordnen.⁶ Immer wieder aber werden Debatten über die Frage geführt, welche Verhaltensweisen durch den Islam vorgeschrieben werden und welche stärker kulturellen Prägungen entstammen. Eine solche Differenzierung ist zur Bestimmungen der Konturen des Grundrechts auf Religionsfreiheit völlig ungeeignet. Zum einen lassen sich religiöse Bindungen nicht aus kulturellen Kontexten herauslösen, vor allem aber sind nicht allein die von offiziellen Stellen oder anerkannten Autoritäten festgelegten religiösen Anschauungen geschützt; auch traditionelle, regionale und nicht zuletzt individuelle Ausformungen gehören zum Schutzbereich der Religionsfreiheit. Deutlich wird dies in der Formulierung des Art. 9 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), der Religionsausübungsfreiheit konkretisiert 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 Grundrechtscharta der EU hat diese Formulierung in Art. 10 wortgleich übernommen.

Die Bräuche anlässlich religiöser Feiertage, Wallfahrten und individuelle Gebete gehören selbstverständlich zur Religionsausübung, aber auch Kleidungsvorschriften oder eine bestimmte Haartracht.

Das Arbeitsrecht ist allerdings geprägt vom Weisungsrecht des Arbeitgebers und damit auch von der Einschränkung individueller Lebensgestaltung im Arbeitsleben. Dennoch wirkt die zunächst nur als Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen verfassungsrechtlich garantierte Religionsfreiheit über die Verpflichtung der gegenseitigen Rücksichtnahme aus § 611 BGB und das Ermessen im Rahmen des Weisungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO (siehe BAG v. 24.2.2011 - 2 AZR 636/09) hinein ins Arbeitsleben und löst Rechte und Pflichten auf beiden Seiten des Vertragsverhältnisses aus (Drittwirkung der Grundrechte). Auch wenn die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG ohne

¹ Thüsing, ZfA 2001, 397, 405.

² Robbers in Fiedler/Robbers/Brenner, 2000, S. 225, 235.

³ Cumper, in Ghanea, 2003, S. 157, 166.

⁴ Weller, in Ghanea, 2003, S. 57, 66.

⁵ Koriath/Augsberg, JZ 2010, 828, 831.

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

Einschränkungen formuliert ist, unterliegt sie doch der Begrenzung durch die Rechte anderer und durch die Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung.⁷ Auch im Arbeitsverhältnis kann die Religionsfreiheit nur im Rahmen dieser Grenzen Beachtung finden.

2. Muslimische Religionsausübung und Arbeitsabläufe

Islamische Vorschriften, die das Verhalten von Musliminnen und Muslimen am Arbeitsplatz bestimmen und mit den betrieblichen Abläufen kollidieren können finden sich vor allem in folgenden Bereichen.

Das **Gebet** zu festgelegten Zeiten („Salah“) gehört als zu einer der fünf Säulen des Islams. In der Regel fallen zwei der vorgeschriebenen fünf täglichen Gebete, für die bereits wenige Minuten ausreichen, in die Arbeitszeit. Besondere Probleme bereitet das Freitagsgebet, welches etwa eine Stunde in Anspruch nimmt. Die Rücksicht der Arbeitgeber gebietet es hier, auf starre Pausenregeln zu verzichten, wenn diese von den betrieblichen Abläufen nicht zwingend vorgegeben sind. Für die meisten Betriebe lässt sich auch eine Regel für das Freitagsgebet finden, zumal die Mehrheit der Muslime eine teilweise Verhinderung durch Arbeitspflichten akzeptiert, solange die Teilnahme zumindest alle zwei bis drei Wochen gewährleistet werden kann. Die Rechtfertigung einer flexiblen Handhabung religiöser Vorschriften durch Notsituationen oder zwingende Arbeitsanforderungen entlastet gläubige Musliminnen und Muslime nicht von ihrem Gewissenskonflikt⁸ und darf daher nicht leichtfertig als Rechtfertigung für den Verzicht etwa auf das Gebet herangezogen werden.

Das **Fasten** während des Ramadans („Siyam“), eine weitere Säule des Islams, wird von der Mehrheit der Muslime in Deutschland praktiziert. Es handelt sich zunächst nur um ein Element der privaten Lebensführung, welches die gegenseitigen arbeitsrechtlichen Verpflichtungen unberührt lässt. Bei Tätigkeiten, die eine hohe körperliche Belastung mit sich bringen oder eine hohe Konzentration erfordern, kann es allerdings zu Leistungsbeeinträchtigungen kommen. In großen Unternehmen bietet es sich an, darauf mit flexiblen Arbeitszeitregelungen, eventuell mit Jahresarbeitszeitkonten zu reagieren und bei der Urlaubsplanung entsprechende Rücksicht zu nehmen. Hier kann sogar ein erhebliches Interesse der Unternehmen bestehen, einen Leistungsabfall in dieser Zeit zu vermeiden.

Als dritte Verpflichtung aus den fünf Säulen kommt die **Pilgerfahrt** („Hadsch“) hinzu. Bei einer langfristigen Urlaubsplanung sollte sich Kollisionen hier leicht vermeiden lassen. Da es sich um eine Verpflichtung handelt, die nur einmal im Leben erfüllt werden muss, die oft jahrelange Voranmeldungen und langfristige Ansparung der Reisekosten erfordert, müssen sehr gewichtige betriebliche Gründe einer Urlaubsgewährung oder unbezahlten Freistellung entgegenstehen.⁹

Bekleidungs Vorschriften können ebenfalls zu Kollisionen führen. Selten sind hier Männer betroffen, die bei strenggläubiger Ausrichtung auf einer Kopfbedeckung und weiten Hosen bestehen können. Meist aber geht es um die Möglichkeit für Musliminnen während der Arbeitszeit eine Verhüllung zu tragen. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem für das Kopftuch, welches über lange Zeit auch in Europa als profanes Kleidungsstück getragen wurde und in ländlichen Regionen noch getragen wird. Das islamische Kopftuch wird jedoch nicht nach seiner Materialität oder seinem Nutzwert bewertet, sondern nach dem 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. Von den verschiedenen

⁷ Darstellung bei Heun in: Heinig/Walther 2007, S. 339, 343ff.

⁸ Khoury/Heine/Oebbecke, 2000, S. 192; Hoevens, 2003, S. 141.

⁹ ArbG Köln v. 12.8.2008 -17 Ca 51/08.

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.¹⁰ 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.¹¹ 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 Dienstherren vorgegebenen Bekleidungs Vorschrift. Mithin ist auch das Tragen eines islamischen Kopftuchs vom Recht auf Religionsausübung umfasst. Kleiderordnungen der Betriebe, die muslimische Frauen in ihrer Religionsausübung behindern, sind deshalb 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.¹² Allein das Bedürfnis nach einer Corporate Identity kann nicht zu einem Kopftuchverbot führen. Es beeinträchtigt die Kommunikation nicht und kann daher auch keine Versetzung in einen Bereich ohne Kundenkontakt rechtfertigen. Dagegen steht das Tragen einer Burka allen Tätigkeiten entgegen, bei denen es auf eine Kommunikation mit Kunden oder Mitarbeitern ankommt.

Schließlich kann es in verschiedenen Arbeitsbereichen zu Konflikten wegen des Umgangs mit unreinen Lebensmitteln kommen. Probleme wirft hier vor allem der Kontakt mit Schweinefleisch und alkoholischen Getränken auf. Handelt es sich um Produktionsstätten dieser Materialien, so besteht in der Regel von Anfang keine Möglichkeit, die Tätigkeit ohne Verstoß gegen islamische Vorschriften auszuführen. Geht ein Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis im Wissen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung ein, so wäre ihm ein treuwidriges Vertragsverhalten (§ 242 BGB) vorzuwerfen. 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. Grundsätzlich soll der Umgang zwar vermieden werden; er gilt aber als zulässig, wenn dadurch der Lebensunterhalt verdient wird und die verbotenen Lebensmittel nicht im Mittelpunkt der Tätigkeit stehen.¹³ Für eine Minderheit wird jeder Kontakte mit unreinen Lebensmitteln als verboten angesehen, Verkauf und Ausschank führen zu einem Gewissenskonflikt. Das BAG¹⁴ hatte jüngst Gelegenheit, am Beispiel der Lagerung und des Verkaufs von alkoholischen Getränken die Grundsätze der Abwägung des Rechts des Arbeitgebers auf unternehmerische Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG) gegen die Religionsfreiheit des Arbeitnehmers zu erläutern. Das BAG betont insbesondere, dass sich aus den Regelungen des Arbeitsrechts keine allgemeingültigen Maßstäbe ableiten lassen, sondern die betroffenen Grundrechte im konkreten Einzelfall zu einem schonenden Ausgleich zu bringen sind (praktische Konkordanz). Hierbei müssen Grundrechtsbeschränkungen auf beiden Seiten hingenommen werden, dabei aber ein Ergebnis anzustreben ist, welches beiden Rechtspositionen eine möglichst weitgehende Wirkung ermöglicht. Abgewogen werden müssen also die Dimension des Gewissenskonflikts auf Seiten der Arbeitnehmer mit dem Aufwand, der dem Arbeitgeber durch eine Berücksichtigung der Einschränkungen entsteht bzw. mit dem Ausmaß der Beeinträchtigung seiner unternehmerischen Freiheit. Lässt sich mithin bei vertretbarem Aufwand ein Arbeitsplatz ohne Kontakt mit verbotenen Stoffen im

¹⁰ Zusammenstellung der Positionen siehe Kinzinger-Büchel, 2009, S. 26-33.

¹¹ 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.

¹² Thüsing, JZ 2006, 223, 226.

¹³ Hoevels, 2003, 237 f.

¹⁴ Urteil v. 24.2.2011 - 2 AZR 636/09.

Unternehmen finden, so besteht eine Verpflichtung, dass Arbeitsverhältnis entsprechend zu gestalten. Das gilt auch, wenn es sich lediglich um Nebentätigkeiten handelt, die durch andere Personen übernommen werden können, wie etwa die Bedienung von Geschäftskunden durch eine Sekretärin, der seltene Alkoholausschank in einer Kantine etc. Dagegen kann die Verkaufskraft in einem Kiosk, dessen Umsatz insbesondere auf dem Verkauf von Flaschenbier beruht, ohne Kontakt mit Alkohol nicht mehr sinnvoll eingesetzt werden. 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.

3. Muslimisches Bekenntnis und Rechte Dritter

Dem Recht auf das religiöse Bekenntnis und auf Religionsausübung aus Art. 4 GG steht das Recht aus Art. 4 GG Anderer auf ein anderes oder ein Nicht-Bekenntnis gegenüber. Die Einschränkung der Religionsfreiheit kann daher durch das entgegenstehende Recht auf Schutz vor aufgedrängter Religion gerechtfertigt sein.¹⁵ Die Probleme können sich ergeben, weil Religionen oftmals eine über die eigene Person hinausreichende Missionierungstendenz aufweisen. Der UN-Berichtersteller drückt dies im Zusammenhang mit der UN-Deklaration *zur Beseitigung aller Formen der Intoleranz und Diskriminierung basierend auf Religion oder Glaube* wie folgt aus:

„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.“¹⁶

Grundsätzlich ist auch die Werbung für die eigene religiöse Überzeugung vom Grundrecht auf Religionsausübung gedeckt.¹⁷ Von einer an die Öffentlichkeit gerichteten Werbung für eine Religion zu unterscheiden ist die persönliche Nähe von Kolleginnen und Kollegen in einem Arbeitsverhältnis. Auch hier kann ein Werben für die eigene religiöse Überzeugung nicht generell untersagt werden, da auch dies vom Grundrecht auf Religionsfreiheit umfasst ist.¹⁸ Das Werben für die eigene Position kann aber im täglichen Miteinander am Arbeitsplatz schnell zu einem mangelnden Respekt vor der Religion oder Nicht-Religion der Arbeitskollegen werden und von diesen als Bedrängnis erlebt werden. Auch können Konflikte zwischen unterschiedlichen Ausrichtungen innerhalb der muslimischen Gläubigen entstehen. 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.¹⁹ In diesem Bereich drängen sich entsprechende Selbstverpflichtungen zur Zurückhaltung gegenüber Kolleginnen und Kollegen auf, die nach Möglichkeit im Einverständnis mit allen im Betrieb vertretenen Bekenntnissen erfolgen sollten. Diskriminierende oder belästigende Handlungen gegen Mitarbeiter oder Kunden sind vom Arbeitgeber zu untersagen und erforderlichenfalls auch zu sanktionieren (§ 12 Abs. 3 und 4 AGG). Eine offensive Glaubensbekundung gegenüber Kunden oder Mitarbeitern/innen kann vom Arbeitgeber auch dann untersagt werden, wenn es sich zwar nicht um eine drängende oder gar

¹⁵ BVerwG v. 4.7.2002 - 2 C 21/01; VGH Baden-Württemberg v. 26.6.2001 - 4 S 1439/00.

¹⁶ 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).

¹⁷ BVerfG v. 8.11.1960 - 1 BvR 59/56.

¹⁸ Adam, NZA 2003, 1375, 1378.

¹⁹ Evans, in Ghana, 2003, S. 33, 42.

fordernde Missionierung handelt, für dieses Verhalten aber auch keine religiöses Gebot besteht, welches einen inneren Zwang oder einen tiefgreifenden Gewissenkonflikt auszulösen vermag.²⁰

Besondere Schwierigkeiten bereiten die Berücksichtigung von Kundenwünschen, die tatsächlich oder vermeintlich nicht mit bestimmten erkennbaren religiösen Symbolen konfrontiert werden wollen. Grundlegend hat das BAG in der Entscheidung vom 10.10.2002²¹ 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. Die Entscheidung des BAG²² stellt aber darauf ab, dass erhebliche wirtschaftliche Einbußen nicht belegt werden konnten.²³ Aus diesem Grund wurden die entgegenstehenden Interessen des Arbeitgebers letztlich als nachrangig gegenüber dem Recht auf Religionsfreiheit gewertet. Das BVerfG²⁴ hat die Entscheidung durch Nichtannahmebeschluss bestätigt und darauf hingewiesen, dass die wechselseitigen Grundrechtsansprüche im Arbeitsverhältnis gegeneinander abzuwägen sind.

Problematisch bleibt bei der Entscheidung, dass auch im Falle von diskriminierenden Kundenwünschen auf die Auswirkungen auf die unternehmerische Handlungsfreiheit abgestellt wird. In der Konsequenz öffnet das Nachgeben gegenüber dem Auftraggeber die Tür zur Umgehung des Diskriminierungsschutzes durch gesellschaftlichen Druck. Das Kriterium der Existenzsicherung von Betrieben hängt allein davon ab, welches Ausmaß xenophobische oder muslimfeindliche Kundenwünsche annehmen. So könnten auch Taxikunden ausländische oder muslimische Fahrer ablehnen, Leiharbeitsunternehmen die Einstellung von Musliminnen mit Kopftuch oder von Muslimen generell verweigern, weil ihre Auftraggeber die reibungslosen Abläufe durch Gebetspausen, durch innerbetriebliche Konflikte oder durch Probleme mit der Verwandtschaft von Musliminnen²⁵ gefährdet sähen. Der Diskriminierungsschutz könnte allein durch ein rigoros diskriminierendes Verhalten der Kunden vollständig leer laufen. Nach der Zweckrichtung des AGG und des europarechtlichen Diskriminierungsschutzes können Benachteiligungen gegenüber einer Gruppe von Menschen nicht mit Diskriminierungen von Seiten Dritter gerechtfertigt werden, auch nicht wenn wirtschaftliche Gründe angeführt werden können.²⁶

4. Muslimische Religionsausübung und Rechtsordnung

Die Freiheit der Religionsausübung endet an der Schwelle zur strafbaren Handlung im Betrieb oder im Zusammenhang mit der ausgeübten Tätigkeit. Straftaten, die gegen die Religionsausübung Anderer gerichtet sind (§§ 166, 167 StGB) oder die Anleitung oder Billigung von staatsgefährdenden Gewalttaten (§§ 91, 140 StGB) sind nicht nur strafrechtlich relevant, sie können auch zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen führen. Straftatbestände schützen stets ein Rechtsgut von besonderer Bedeutung, entweder die Ehre und das Persönlichkeitsrecht eines Dritten oder den Bestand der staatlichen Ordnung als Ganzes und bilden damit die verfassungsimmanenten Schranken des unbeschränkten Rechts auf Religionsfreiheit.

²⁰ so LAG Hamm: Urteil vom 20.04.2011 - 4 Sa 2230/10 im Fall eines gläubigen Christen, der als Mitarbeiter eines Call-Centers jeden Anruf mit „Jesus hat Sie lieb!“ beendete.

²¹ BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01.

²² BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01.

²³ 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.

²⁴ BVerfG v. 30.7.2003 – 1 BvR 792/03.

²⁵ So die Argumentation, die der Entscheidung ArbG Wuppertal v. 10.12.2003 – 3 Ca 4927/03 zu Grunde lag.

²⁶ Wiedemann, 2001, S. 66; Krause in Hanau/Thau/Westermann, 2008, S. 375, 391; Singer in Dieterich u.a., 2010, 341, 349.

Die Religionsfreiheit findet eine Grenze auch in sonstigen Verhaltensweisen, die im Gegensatz zu den Grundprinzipien der Verfassung oder der europäischen Menschenrechtsordnung stehen. Schwierig wird es allerdings, wenn religiösen Symbolen über das Bekenntnis hinausgehende Inhalte zugeschrieben werden, die mit den Verfassungsgrundsätzen nicht mehr vereinbar sind. In der Auseinandersetzung um das muslimische Kopftuch wird immer auch über eine mögliche Symbolik gegen die demokratische Gesellschaftsordnung und die Gleichberechtigung der Geschlechter gestritten.²⁷ Zum Teil werden diese Bedeutungen vollständig von dem Selbstverständnis der Trägerinnen abgekoppelt und allein auf die in der Gesellschaft vorhandenen Wahrnehmungen abgestellt.²⁸ Der Trägerin wird auch vorgeworfen, dass sie, um die zugeschriebene Bedeutung des Kopftuchs als gegen die Gleichberechtigung gerichtet, wissend, dieses dennoch in der Öffentlichkeit trage und sich somit nicht von dieser Zuschreibung distanzieren.²⁹ Wird allein mit der von außen gebildeten Deutungsvariante argumentiert, so besteht die Gefahr, dass der Konflikt erst durch die Zuschreibung heraufbeschworen wird.³⁰ Ebenso wie bei den Kundenpräferenzen kann die Beschränkung der Religionsfreiheit auch nicht mit Vorurteilen und Zuschreibungen aus der Bevölkerung im Allgemeinen begründet werden.³¹

5. Diskriminierung im Einstellungsverfahren

Das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion nach § 1 AGG erweitert die Anforderungen insbesondere im Einstellungsverfahren. 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. Benachteiligungen im Sinne von § 3 AGG sind nach § 7 AGG im Arbeitsverhältnis unzulässig und können abgesehen von Beschäftigungen bei kirchlichen Trägern (§ 9 AGG) nur durch eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ (§ 8 AGG) gerechtfertigt werden.

Das AGG enthält allerdings keine Anspruchsgrundlage für die Begründung eines Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnisses (§ 15 Abs. 6 AGG). 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 Kenntnis der gesetzlichen Ansprüche fällt die subjektive Kosten-Nutzen-Analyse hinsichtlich der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens bei fehlender Aussicht auf Einstellung negativ aus, so dass auf Rechtsschutz verzichtet wird.

Aus der Diskriminierung wegen der Religion bei Einstellung können sich hingegen zwei Zahlungsansprüche ergeben.

- **Schadensersatzansprüche nach § 15 Abs. 1 AGG** können wegen eines *materiellen* Schadens gegen die Arbeitgeber/in geltend gemacht werden, soweit ihnen ein schuldhaftes (vorsätzliches oder fahrlässiges) Verhalten vorzuwerfen ist.

²⁷ Spies, NVwZ 1993, 637, 639; Kästner, in FS für Heckel, S. 359, 369.

²⁸ Frenz, 2009, Rn. 1734.

²⁹ Battis/Bultmann, JZ 2004, 581, 583.

³⁰ siehe auch: Mick-Schwerdtfeger, 2008, S: 111; Muckel, 2008, 480 f. verweist auf die Vielfalt der Motivationen.

³¹ so auch Anger, 2003, S. 295.

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.

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.³²

Der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen stehen besondere Hürden entgegen. Zum einen wird ein schuldhaftes Handeln des/r Arbeitgebers/in 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. Praktisch begrenzt wird die Relevanz des Schadensersatzanspruchs auch durch die Schwierigkeiten beim Nachweis eines materiellen Schadens; der Geschädigten ist hier voll beweispflichtig, weil die Beweiserleichterung des § 22 AGG nicht auf den Nachweis des Schadens zu erstrecken ist.³³

- **Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG** setzen einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 7 i.V.m. § 1 AGG voraus.³⁴ Der Anspruch richtet sich gegen die Arbeitgeber/in; 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.

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.

Es zeigt sich, dass die Ablehnungsmotive nur sehr selten offen gegenüber den Bewerberinnen und Bewerbern bekannt werden³⁵; sodass für die Aufdeckung von Diskriminierungen Testing-Verfahren als Grundlage von Entschädigungsverfahren unverzichtbar sind. Zeigt sich, dass Bewerber/innen, 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.

³² Deinert, AiB 2006, 741, 743; Berg in Däubler u.a., 2008, § 15 AGG Rn. 6.

³³ Bufalica in Däubler u.a., 2008, § 22 AGG Rn. 5;

³⁴ BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; BAG v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07.

³⁵ Eine seltene Ausnahme bildet die Ablehnung wegen des Kopftuchs, die der Entscheidung v. 29.10.2009 – 5 CA 226/09 zu Grunde lag.

Das BAG verlangt allerdings zusätzlich zur Aussonderung aus dem Bewerbungsverfahren wegen eines Merkmals nach § 1 AGG die objektive Eignung für die angebotene Beschäftigung.³⁶ 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. Der Gesetzeswortlaut des § 15 Abs. 2 AGG setzt den Nachweis der objektiven Eignung nicht voraus, sondern lässt eine diskriminierende Verfahrensweise für den Entschädigungsanspruch ausreichen.³⁷ Richtiger Weise 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 Prüfungsfolge 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 entgegen wirken will.³⁸

6. Innerbetriebliches Diversity und Konfliktmanagement

Innerbetrieblich geht es einerseits um eine benachteiligungsfreie Berücksichtigung von Muslimen bei Einstellungen, Vergünstigungen und vor allem bei der Aufstiegsförderung, andererseits um Rücksicht auf religiöse Belange und Maßnahmen der Vereinbarkeit zwischen Religion und Betriebsabläufen. Bereits § 75 BetrVG verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat nicht nur auf die Unterlassung von Diskriminierungen im Betrieb, sondern auch auf die Förderung der freien Entfaltung der Beschäftigten und damit auch auf die Ermöglichung der Religionsausübung im Betrieb. Angesichts von zunehmend multireligiösen Belegschaften sind hier Abwägungen, Kompromisse, Gespräche und Instrumente der Konfliktlösung gefragt.

Entsprechend richtet § 17 Abs. 1 AGG den Appell an alle betrieblichen Akteure, Konzepte in gemeinsamer Verantwortung zu entwickeln und umzusetzen.

Erfolgversprechend 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 zu Gunsten von Muslimen/innen. Eine unmittelbare Anknüpfung an der Religionszugehörigkeit ist unzulässig. Es können sowohl Verfahren der anonymen Bewerbung³⁹ als auch Verfahren unter besonderer Berücksichtigung spezifischer Ressourcen wie Sprachkompetenzen und interkulturelle Erfahrungen genutzt werden. Die Wahl hängt von den Tätigkeitsanforderungen ab und von der Frage, wie weit eine offene Haltung gegenüber Muslimen/innen im Unternehmen bereits entwickelt ist. Einstellungstests und -verfahren sollten auf kulturell einseitige Anforderungen überprüft werden, Sprachanforderungen

³⁶ BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09; BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08; BAG v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08; so auch: LAG Baden-Württemberg v. 13.08.2007 – 3 Ta 119/07; LAG Köln v. 15.02.2008 – 11 Sa 923/07; LAG Mainz v. 11.01.2008 – 6 Sa 522/07; LAG Hamburg v. 29.10.2008 – 3 Sa 15/08; Walker, NZA 2009, 5, 6.

³⁷ So richtigerweise Sächs. OVG v. 24.2.2010 2 A 161/09.

³⁸ EuGH v. 10.07.2008 – C-54/07, *Feryn*; siehe auch Tolmein, jurisPR-ArbR 13/2010 Anm. 2.

³⁹ Evaluation zum Pilotprojekt siehe Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2012.

auf den tätigkeitsrelevanten Umfang begrenzt werden⁴⁰ und Vorbereitungstrainings oder Betriebspraktika (z.B. Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III) 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 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.

- **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 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 Muslime/innen 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. 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.

Interne Aufklärungs- und Schulungsmaßnahmen können die Aufmerksamkeit für Diskriminierungen schärfen und der Islamfeindlichkeit entgegen wirken. 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.

⁴⁰ Hierbei kann auch berücksichtigt werden, dass in kommunikationsintensiven Arbeitsbereichen auf der Grundlage vorhandener Grundkenntnisse mit einem schnellen Lernzuwachs gerechnet werden kann.

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.

Investitionen für die Einbeziehung des Aspekts Religion in ein Diversity Management zahlen sich für die Unternehmen vor allem durch einen nachhaltigen Zusammenhalt in der Belegschaft bei sehr unterschiedlichen Glaubensrichtungen aus und können ein Klima der Toleranz schaffen. Werden bestehende Konflikte nicht bearbeitet, so bietet gerade die Religion immer wieder einen gefährlichen Sprengstoff auch auf der Ebene des Betriebs.

Literatur:

- Adam, Roman: Religionsfreiheit im Arbeitsrecht, NZA 2003, 1375 ff.
- Anger, Thorsten, Islam in der Schule, Berlin 2003
- Antidiskriminierungsstelle des Bundes (2012): Pilotprojekt anonymisierte Bewerbungsverfahren – Abschlussbericht, Berlin.
- Battis, Ulrich/ Bultmann, Peter Friedrich: Was folgt für die Gesetzgeber aus dem Kopftuchurteil des BVerfG, JZ 2004, 581 ff.
- Berg, Peter in Däubler, Wolfgang/ Hjort, Jens Peter/ Hummel, Dieter/ Wolmerath, Martin (2008): Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Baden-Baden.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723 ff.
- Bufalica, Andreas in Däubler, Wolfgang/ Hjort, Jens Peter/ Hummel, Dieter/ Wolmerath, Martin (2008): Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Baden-Baden.
- 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.
- Deinert, Olaf: Diskriminierungen sind Persönlichkeitsverletzungen, AiB 2006, 741 ff.
- 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.
- Frenz, Walter (2012): Handbuch Europarecht, Heidelberg.
- Heun, Werner, in: Heinig, Hans Michael/Walther, Christian (Hrsg.) (2007). Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, Tübingen, S. 339 ff.
- Hoevels, Niloufar (2003): Islam und Arbeitsrecht, Köln.
- 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.
- Korioth, Stefan/Augsberg, Ino: Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, JZ 2010, 828 ff.
- 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.
- Mick-Schwerdtfeger, Anne (2009): Kollisionen im Rahmen der Religionsausübung, Aachen.
- Mücl, Stefan: Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen? Der Staat 40 (2001), 96 ff.
- Preis, Ulrich/ Greiner, Stefan: Religiöse Symbole und Arbeitsrecht, in Muckel, Stefan (2003): Kirche und Religion im Sozialen Rechtsstaat – Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 653 ff.

- 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.
- 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.
- 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.
- Spies, Axel, Verschleierte Schülerinnen in Frankreich und Deutschland, *NVwZ* 1993, 637 ff.
- Thüsing, Gregor: Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht, *ZfA* 2001, 397 ff.
- Thüsing, Gregor: Kleiderordnungen, *JZ* 2006, 223 ff.
- Tolmein, Oliver: Diskriminierungsfreie Ablehnung einer Bewerberin durch Diakonisches Werk, *jurisPR-ArbR* 13/2010
- Walker, Wolf-Dietrich: Der Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG, *NZA* 2009, 5 ff.
- Weller, Paul: The Dimensions and Dynamics of Religious Discrimination: Findings and Analysis from the UK, in: Ghanaea, Nazila (2003): *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium*, Leiden/Bosten, S. 57 ff.
- Wiedemann, Herbert (2001): *Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht*, Tübingen.