

D 4 Diskriminierungsschutz

§ 9 AGG im Spannungsfeld der Rechtsprechung

510 Im kirchlichen Bereich ist die Frage der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität differenziert zu betrachten, da es hier auf den Inhalt der kirchlichen Loyalitätsverpflichtungen und eines etwaigen Verstoßes dagegen ankommt. Im AVR-Bereich gilt nach der für die katholische Kirche maßgeblichen Grundordnung in der geänderten Fassung von 2015 (vgl. Art. 4 und 5 GrO)¹, dass homosexuelle Mitarbeiter nicht mehr von der Kündigung bedroht sind, wenn sie eine Lebenspartnerschaft eingehen. Der ursprüngliche Unvereinbarkeitsbeschluss der Deutschen Bischofskonferenz (DBK) ist damit überholt.² Allerdings gilt für den pastoral und katechetisch (z.B. Gemeindereferent) oder leitend tätigen Mitarbeiter auch nach der Neufassung der GrO, dass das Eingehen einer Lebenspartnerschaft nach wie vor grundsätzlich dazu führt, dass sie einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß begehen.³ Zu Loyalitätsverstößen siehe auch „Chefarzt-Fall“ → Ziffer 4.2.

4. § 9 AGG im Spannungsfeld der Rechtsprechung von BAG, BVerfG und EuGH

515 Im kirchlichen Bereich ist der Rechtfertigungsgrund des § 9 AGG besonders relevant. Er lautet auszugswise wie folgt:

„§ 9 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

1) *Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften (...) auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft (...) im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.*

(2) *Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, (...), von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.“*

- 1 Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse in der Fassung des Beschlusses der Vollversammlung des VDD vom 27.4.2015
- 2 Im Zuge der Einführung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare hatte die DBK im Jahr 2002 erklärt, dass das Eingehen einer solchen Lebenspartnerschaft einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GrO darstellte.
- 3 Zum Wesen der Loyalitätsverpflichtungen aus der GrO → Modul R 3 Ziffer 4.1.

Dieser spezielle Erlaubnistatbestand („Religionsprivileg“) macht es überhaupt erst möglich, dass kirchliche Arbeitgeber (Dienstgeber) unter bestimmten Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion vornehmen dürfen. Wie diese Vorschrift auszulegen ist und inwieweit sie europäischen Vorgaben¹ entspricht, dazu ist die Rechtsprechung noch im Fluss. § 9 AGG soll einerseits dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) im Bereich des Arbeitsrechts Rechnung tragen. Andererseits ist anerkannt, dass der kirchliche Arbeitgeber das Merkmal der Religion nur in einem gesetzlich geschützten Rahmen und in bestimmten Grenzen für eine unterschiedliche Behandlung der Mitarbeiter (z.B. bei der Einstellung) heranziehen darf und eine Abwägung mit den Grundrechten der Betroffenen (Art. 4 GG- Glaubensfreiheit) vorzunehmen ist.

520

Aktuell hat der EuGH in diesen Fragen zur Auslegung des § 9 AGG im Rahmen von zwei Vorabentscheidungsersuchen aus Deutschland Gelegenheit Stellung zu nehmen. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Entscheidungen für das kirchliche Arbeitsrecht werden sie hier näher erläutert (→ Ziffer 4.2 und 4.3). Soweit es um das Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz geht, liegen bereits einige Entscheidungen deutscher Gerichte, u.a. das BVerfG vor, die den Stand der Diskussion wiedergeben (→ Ziffer 4.1).

525

4.1 Religiöse Symbole am Arbeitsplatz: Der „Kopftuch-Streit“

Im Kern geht es hier um die Frage, ob der Staat bzw. ein (privater oder kirchlicher) Arbeitgeber seinen Beschäftigten das Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz verbieten kann bzw. eine diesbezügliche Bekleidungsregelung anordnen darf. Eigentlich steht also nicht nur das (muslimische) Kopftuch („Hijab“) in der Diskussion, auch wenn dies in der Öffentlichkeit unter dem Schlagwort „Kopftuchstreit“ stets so wahrgenommen wird. Fakt ist, dass die bisher zu diesem Thema ergangenen Grundsatzzentscheidungen durchwegs zu Kopftuchverboten ergangen sind.

530

Für den Bereich des **öffentlichen Schuldienstes** hat das BVerfG schon im Jahr 2015² festgestellt: Ein pauschales Kopftuchverbot für Lehrer an öffentlichen Schulen ist mit der im Grundgesetz verankerten Religionsfreiheit nicht vereinbar.

535

1 Es geht hier um Art. 4 der EU-Richtlinie 2000/78/EG

2 BVerfG, Beschluss vom 27.1.2015, 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10

D 4 Diskriminierungsschutz

§ 9 AGG im Spannungsfeld der Rechtsprechung



RECHTSPRECHUNG

540 **Der Fall:** In diesem Verfahren ging es um die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer entsprechenden Verbotsklausel im Schulgesetz für Nordrhein-Westfalen. Geklagt hatten zwei Lehrerinnen aus Nordrhein-Westfalen, die im Unterricht aus Glaubensgründen ein muslimisches Kopftuch bzw. als Ersatz für das Kopftuch eine Mütze tragen wollten. Ein solches landesweites Verbot verstößt nach Auffassung des BVerfG gegen die Religionsfreiheit muslimischer Lehrerinnen und ist daher nichtig.

Die Begründung: Ein Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen ist nach dieser Grundsatzentscheidung des BVerfG nur dann gerechtfertigt, wenn von dem Tragen des Kopftuchs eine hinreichend konkrete Gefahr der Beeinträchtigung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität ausgeht.

Fazit: Der abstrakte Verweis auf eine Gefährdung reicht nicht aus, um einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Betroffenen zu rechtfertigen.

545 Nach dieser Entscheidung des BVerfG zum nordrhein-westfälischen Schulgesetz hat das Arbeitsgericht Berlin die Ablehnung einer muslimischen Stellenbewerberin mit Kopftuch vor dem Hintergrund des **Berliner Neutralitätsgesetzes** für zulässig erachtet:

Auch nach dem Berliner Gesetz ist es Lehrkräften an öffentlichen Schulen untersagt, Kleidungsstücke mit religiöser Aussagekraft zu tragen. Die Ablehnung der Bewerberin war deshalb vom Gesetz gedeckt. Auf die Klage der Betroffenen stellte das Arbeitsgericht fest, die Ablehnung als Grundschullehrerin aufgrund des Tragens eines muslimischen Kopftuchs durch das Land Berlin stelle keine verbotene Diskriminierung wegen der Religion dar.¹ Eine Vorlage an das BVerfG zur Normenkontrolle hielt das ArbG indes nicht für erforderlich und führte zur Begründung aus: Im Unterschied zu der vom BVerfG im Jahr 2015 für verfassungswidrig erklärten Regelung im Schulgesetz Nordrhein-Westfalen sehe das Berliner Schulgesetz gerade keine gleichheitswidrige Privilegierung zugunsten christlich-abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen vor, sondern sei religionsneutral ausgerichtet und behandle somit alle Religionen gleich. Es sei daher auch nicht verfassungswidrig. Aber: Das mit der Revision befasste LAG Berlin-Brandenburg hat der Klägerin eine Entschädigung wegen Diskriminierung zugesprochen.² Die Berufung auf § 2 des Berliner Neutralitätsgesetzes half dem Land nicht, denn nach Auffassung des LAG ist das Verbot im Licht der Grundsatzentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2015 so auszulegen, dass es nur wirksam wird, wenn und soweit von

1 ArbG Berlin, Urteil vom 14.4.2016, 58 Ca 13376/15

2 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9.2.2017, 14 Sa 1038/16

dem Kopftuch eine konkrete Gefährdung ausgeht. Einen solchen Nachweis hat das Land nach Auffassung des LAG aber nicht erbracht.

Ein weiterer Kopftuchstreit, der bis zum BVerfG gelangte, aber für die Klägerin erfolglos endete, betraf den Eilantrag einer Rechtsreferendarin, die sich damit gegen das Kopftuchverbot in **der juristischen Ausbildung im Land Hessen** wendete:¹ 550



RECHTSPRECHUNG

Der Fall: Die Rechtsreferendarin trägt als Ausdruck ihrer individuellen Glaubensüberzeugung in der Öffentlichkeit ein Kopftuch. Rechtsreferendarin, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen, ist es im Land Hessen aber gemäß eines Erlasses des zuständigen Justizministeriums aus dem Jahr 2007 versagt, bei Gerichtsverhandlungen auf der Richterbank zu sitzen, Sitzungsleitungen und Beweisaufnahmen durchzuführen und während der Verwaltungsstation Anhörungsausschuttsitzungen zu leiten. 555

Die Begründung: Die Verfassungsrichter argumentierten, grundsätzlich besteht die Pflicht, bei der Ausübung repräsentativer Tätigkeiten für den Staat die eigene Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft nicht durch das Tragen eines Kopftuchs sichtbar werden zu lassen. Dieses Verbot greife zwar in die individuelle Glaubensfreiheit ein, die das Grundgesetz mit Art. 4 GG gewähre. Der Eingriff sei aber für die Rechtsreferendarin auf bestimmte Tätigkeiten in ihrer Ausbildung beschränkt und damit zeitlich und örtlich eingegrenzt. Demgegenüber stufte es das Recht der Beteiligten eines Gerichtsverfahrens, vor einem unabhängigen und unparteilichen Richter zu stehen, als höherrangig ein. Somit hätten Rechtsreferendare das Gebot der Neutralität zu achten, wenn sie in ihrer Ausbildung als Repräsentanten des Staates nach außen hin auftreten.

Die oben dargestellte Rechtsprechung zum öffentlichen Dienst beruht auf der in Art. 4 GG garantierten Religionsfreiheit und lässt sich daher nicht direkt auf private Arbeitgeber übertragen, da diese als Privatpersonen nicht unmittelbar an die den Staat verpflichtenden Grundrechte gebunden sind. 560

Jedoch dürfen auch **private Arbeitgeber** keine religiös diskriminierenden Bekleidungs Vorschriften erlassen. Dazu hat sich das BAG² bereits im Jahr 2002 in dem folgenden Fall geäußert: 565

1 BVerfG, Beschluss vom 27.6.2017, 2 BvR 1333/17

2 BAG, Urteil vom 10.10.2002, 2 AZR 472/01

D 4 Diskriminierungsschutz

§ 9 AGG im Spannungsfeld der Rechtsprechung



RECHTSPRECHUNG

570 **Der Fall:** Eine Muslimin war als Einzelhandelskauffrau in einem Kaufhaus einer Kleinstadt beschäftigt. Kurz vor Rückkehr aus dem Erziehungsurlaub teilte sie ihrem Arbeitgeber mit, sie werde bei der Arbeit künftig aus religiöser Überzeugung ein Kopftuch tragen. Der Arbeitgeber schloss einen Arbeitseinsatz mit islamischem Kopftuch aus und kündigte ihr schließlich, nachdem sie darauf bestand. Die Kündigungsschutzklage der Muslimin hatte vor dem BAG Erfolg.

Die Begründung: die Weigerung der Klägerin, auf das Tragen des Kopftuchs während der Arbeitszeit zu verzichten, rechtfertigte ihre Kündigung nicht. Der Arbeitgeber hat bei der Festlegung von Bekleidungsregeln die grundrechtlich geschützte Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) zu berücksichtigen. Seine Befürchtung, es werde im Fall des Arbeitseinsatzes mit Kopftuch zu nicht hinnehmbaren Störungen kommen, reicht bei der Abwägung zwischen seiner unternehmerischen Freiheit (Art. 14 GG) und dem Schutz der Religionsausübung nicht aus. Insbesondere gibt es keinen Erfahrungssatz, dass es durch den Einsatz einer Verkäuferin mit Kopftuch in einem Kaufhaus notwendigerweise zu negativen Kundenreaktionen kommt. Dem Arbeitgeber wäre es zumindest zumutbar gewesen, die Klägerin zunächst einmal einzusetzen und abzuwarten, ob sich seine Befürchtungen in einem entsprechenden Maße realisierten und etwaigen Störungen dann ggf. auf andere Weise als durch Kündigung zu begegnen.

575 Im Rahmen von zwei Vorabentscheidungsersuchen aus Frankreich und Belgien hatte der EuGH im Jahr 2017 die Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit von Verboten religiöser Symbole bei der Arbeit zu äußern¹: Danach können private Arbeitgeber Arbeitnehmern mit Kundenkontakt generell eine religiös neutrale Kleiderordnung vorgeben. Betrifft diese Bekleidungs Vorschrift aber muslimische Arbeitnehmerinnen faktisch stärker als andere Beschäftigte, kann laut EuGH eine mittelbare Benachteiligung darin liegen, dass die dem Anschein nach „neutrale“ Bekleidungs Vorschrift faktisch zu einer besonderen Belastung muslimischer Arbeitnehmerinnen führt. Diese mittelbare Benachteiligung kann wiederum dadurch gerechtfertigt sein, dass mit der Vorschrift ein bestimmtes unternehmerisches Ziel verfolgt wird. Als nicht zulässig bewertete der EuGH aber ein Kopftuchverbot gegenüber einer einzelnen muslimischen Arbeitnehmerin, das damit begründet wurde, ein Kunde hätte verlangt, künftig nicht mehr von einer kopftuchtragenden Arbeitnehmerin bedient zu werden. Solche Kundenwünsche bzw. der Wille des Arbeitgebers, sie umzusetzen, ließ der EuGH ausdrücklich nicht gelten.

1 EuGH, Urteile vom 14.3.2017, C-157/15 („Achbita“) und C-188/15 („Bougnaoui“)

Fazit: Der EuGH lässt Verbote privater Arbeitgeber zum Tragen religiöser Symbole nur insoweit gelten, als dass

580

- es sich dabei um keine Einzelanweisung gegenüber einem bestimmten Arbeitnehmer handelt und damit ein Kundenwunsch umgesetzt werden soll,
- sich das Bekleidungsverbot auf alle religiösen Bekleidungsstücke erstreckt,
- mit dem betrieblichen Verbot das unternehmerische Ziel verfolgt wird, dass die Beschäftigten gegenüber Kunden neutral auftreten und
- das Verbot in gleicher Weise für alle Mitarbeiter mit Kundenkontakt gilt.

Ob ein **kirchlicher** Arbeitgeber (Dienstgeber) einem Mitarbeiter das Tragen eines Kopftuchs während der Arbeitszeit verbieten darf, darüber befand das BAG¹ im Jahr 2014 wie folgt:

585



RECHTSPRECHUNG

Der Fall: Geklagt hatte eine 36-jährige Muslima, die als Krankenschwester in einem Diakonie-Klinikum arbeitete. Nach Elternzeit und anschließender Krankheit bot sie der Klinik ihre Arbeitsleistung an und erklärte dabei, dass sie künftig während der Arbeitszeit ein Kopftuch als Zeichen ihres muslimischen Glaubens tragen werde. Vor der Elternzeit hatte sie ohne Kopftuch gearbeitet. Das Klinikum hat die Arbeitsleistung abgelehnt und die Entgeltzahlung eingestellt. Das BAG entschied auf die Klage der Muslima, dass kirchliche Arbeitgeber das Tragen eines Kopftuchs im Rahmen ihres Direktionsrechts verbieten dürfen.

590

Die Begründung: Von andersgläubigen Mitarbeitern könnten kirchliche Arbeitgeber verlangen, sich während der Arbeit religiös neutral zu verhalten. Nach § 9 Abs. 2 AGG berührt das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion nicht das Recht der Religionsgemeinschaften, von ihren Beschäftigten ein loyales Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können. In dem Verbot, während der Arbeitszeit ein islamisches Kopftuch oder eine vergleichbare Kopfbedeckung zu tragen, sieht das BAG keine Auferlegung unannehmbarer Loyalitätspflichten.

Zu Umfang und Reichweite des § 9 AGG im Rahmen von Loyalitätsverstößen → Ziffer 4.2.

595

1 BAG, Urteil vom 24.9.2014, 5 AZR 611/12