

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Religion in einer pluralistischen Gesellschaft 27

- I. Eine gesellschaftliche Entwicklung..... 27
- II. Anlass der Untersuchung 29
- III. Abgrenzung zu anderen Themenfeldern..... 30

Kapitel 2

Religiöse und arbeitsvertragliche Pflichten im Konflikt 33

- I. Was ist Religion? 33
- II. Schutzbereiche der Religionsfreiheiten 35
- III. Unterschiede zur Gewissensfreiheit 39
- IV. Religion als Freiheit auch im Arbeitsverhältnis 46

Kapitel 3

Das Fallmaterial 48

- I. Konflikte bei Einstellung 48
- II. Konflikte bei der Arbeitsleistung 55

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

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

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

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

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

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

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

Kapitel 7

Religiöse Konflikte im Blickwinkel des AGG 293

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

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

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

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

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Religion in einer pluralistischen Gesellschaft 27

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

Kapitel 2

Religiöse und arbeitsvertragliche Pflichten im Konflikt 33

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

*Kapitel 3***Das Fallmaterial** 48

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

b) Werbung für eine Religionsgemeinschaft durch den Arbeitnehmer – ein Urteil des ArbG Reutlingen.....	78
c) Zurückhaltende Werbung	78
5. Zusammenfassung.....	79

Kapitel 4

Eine verfassungsrechtliche Betrachtung 81

I. Grundrechte und Privatrecht	81
II. Wirkungen der Freiheitsrechte im Zivilrecht	82
1. Unmittelbare und mittelbare Drittwirkung.....	83
2. Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates gegenüber Privaten – ein komplexes Dreiecksverhältnis	85
3. Verfassungskonforme und verfassungsorientierte Auslegung einfachen Rechts	86
4. Zusammenhang zwischen Schutzpflichten und Ausstrahlungswirkung.....	87
a) Entscheidungsergebnis und Entscheidungsprozess	88
b) Adressat der Schutzpflichten.....	90
c) Interessenabwägungen.....	91
d) Begründung des systematischen Zusammenhangs	92
III. Grundrechtsverzicht im Zivilrecht?.....	93
1. Der Verzicht auf Grundrechte im verfassungsrechtlichen Sinne.....	94
2. Der Verzicht auf Grundrechte im Zivilrecht	94
3. Freiwilligkeit als Abwägungskriterium auch im Zivilrecht.....	96
IV. Wirkungen der Gleichheitsrechte im Zivilrecht	96
1. „Mittelbare Drittwirkung“ der Gleichheitsrechte als Teil einer objekti- ven Werteordnung.....	97
2. Das grundrechtlich gebotene Schutzminimum.....	97
a) Der allgemeine Gleichheitssatz	98
b) Ein Schutzminimum aus Art. 3 Abs. 3 GG?.....	99

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

Kapitel 5

Eine zivilrechtliche Betrachtung 117

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

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

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

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

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

Kapitel 6

Eine diskriminierungsrechtliche Betrachtung 200

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

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

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

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

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

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

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