

Beck'sche Gesetzestexte mit Erläuterungen

# Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG

Arbeitsrechtlicher Kommentar

von

Dr. Gernod Meinel, Judith Heyn, Dr. Sascha Herms

2. Auflage

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG – Meinel / Heyn / Herms

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Praxisliteratur](#)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 60921 3

- Die gezielte Einstellung eines **Muttersprachlers** ist gerechtfertigt, wenn die Arbeitsaufgabe zum Beispiel gerade darin besteht, in einem internationalen Unternehmen die schriftliche Ausdrucksfähigkeit von Mitarbeitern in der fremden Sprache auf eine hohe Qualität anzuheben (*Bauer/Göpfert/Krieger*, § 8 Rn. 31; *KR/Treber*, § 8 Rn. 17). Es mag zwar Ausnahmen geben, aber in aller Regel erreichen Nicht-Muttersprachler auch nach jahrelangem Aufenthalt im Ausland kein vollständig gleichwertiges Sprachniveau. Die Anforderung, die deutsche Schriftsprache zu beherrschen, knüpft nicht an die Ethnie an und ist daher zulässig, soweit zur optimalen Erledigung der Arbeit erforderlich (BAG vom 28. 1. 2010, NZA 2010, 625, 626). 26
- bb) Unzulässige Differenzierungen.** Nicht gerechtfertigt sind Ungleichbehandlungen wegen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft zum Beispiel in den folgenden Fällen: 27
- Die weitaus meisten **Dienstleistungen und Produkte** haben keinen Bezug zu diesen Merkmalen. Sie können dann auch keine Benachteiligung rechtfertigen. Die Anforderung, der **Geschäftsführer einer türkischen Bank** müsse Türke sein, ist unzulässig (*Thüsing*, Rn. 340; entsprechend hielt auch das LG Frankfurt a. M. die Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers allein aufgrund seiner Nationalität bzw. ethnischen Herkunft – Brite indischer Abstammung – für sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB und damit für nichtig, EZA-SD 2001, Nr. 8, 14 ff.). Der Zweck einer Bank besteht in der Abwicklung von Bankgeschäften. Anders als in den Gastronomiebeispielen charakterisiert die ethnische Herkunft hier nicht die Dienstleistung gegenüber dem Kunden. Dieser zahlt seine Gebühren nicht für ein „ethnisches Flair“. Die Anforderung erweist sich als nicht erforderlich. Das Beispiel zeigt, dass im Normalfall eine Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft oder „Rasse“ durch den Arbeitgeber nicht erfolgen darf. Ein Automobilbauer könnte daher die ausschließliche Einstellung deutscher Arbeitnehmer auch nicht unter Hinweis darauf rechtfertigen, dass nur auf diese Weise das „**Made in Germany**“ Image seiner Fahrzeuge erhalten bleibe. 28
- Nicht überzeugend ist es, wenn die Anforderung einer bestimmten ethnischen Herkunft bei **Beratungstätigkeiten zur Integration ausländischer Mitbürger** für zulässig gehalten wird (so aber *HK/AGG-Brors*, § 8 Rn. 44). Eine solche Sicht perpetuiert Integrationshindernisse. Im Einzelfall kann aber das Verlangen der sicheren Beherrschung der jeweiligen Herkunftssprache zulässig sein, wenn die betreffende Gruppe aufgrund mangelnder Kenntnisse der deutschen Sprache sonst nicht erreicht werden kann. 29
- Auch der **Betriebsfrieden** rechtfertigt allenfalls in Ausnahmefällen Differenzierungen nach der ethnischen Zugehörigkeit. Wer Serben beschäftigt, darf nicht unter Hinweis auf etwaige Feindseligkeiten Kroaten in Bewerbungsverfahren pauschal ausschließen. Einen Be- 30

## § 8 31–37 Abschnitt 2. Schutz d. Beschäftigten v. Benachteiligung

weis dafür, dass sich anders Spannungen in der Belegschaft nicht vermeiden lassen, wird der Arbeitgeber in aller Regel nicht führen können (a. A. *Thüsing*, Rn. 341).

- 31 **b) Geschlecht.** Geschlechtsbezogene Differenzierungen haben Rechtsprechung und Literatur in besonderer Weise beschäftigt.
- 32 **aa) Zulässige Differenzierungen.** Das Geschlecht kommt zur Rechtfertigung einer Differenzierung zum Beispiel in folgenden Fällen in Betracht:
- 33 – Unproblematisch ist die Ungleichbehandlung, wenn nur Angehörige eines Geschlechts aus **biologischen Gründen** zur Leistungserbringung in der Lage sind. **Amme** kann eben nur eine Frau sein (*Bauer/Göpfert/Krieger*, § 8 Rn. 42).
- 34 – Gerechtfertigt ist die Ungleichbehandlung, wenn ein bestimmtes Geschlecht erforderlich ist, um die Arbeitsaufgabe **authentisch** erledigen zu können. Das ist etwa der Fall bei männlichen oder weiblichen Rollen von **Schauspielern, Tänzern und sonstigen darstellenden Künstlern** (LAG München vom 10. 4. 1992, NZA 1992, 982, 983; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 8 Rn. 42; *SSV/Schleusener*, § 8 Rn. 23; *Thüsing*, Rn. 342). Dasselbe gilt bei Mannequins oder Modellen.
- 35 – Ebenso rechtfertigt es die erforderliche **Authentizität** der Leistungserbringung, die Stelle der **Geschäftsführerin eines Frauenverbandes** (ArbG München vom 14. 2. 2001, NZA-RR 2001, 365, 366) oder der **Frauenreferentin einer politischen Partei** (LAG Berlin vom 14. 1. 1998, NZA 1998, 312, 313) Frauen vorzubehalten (gegen beide Entscheidungen HK/AGG-*Brors*, § 8 Rn. 20). Entsprechendes gilt für die Besetzung einer Stelle in einem Projekt „**Recht auf Selbstbestimmung – gegen Zwangsverheiratung**“, bei der auch psychosoziale Beratung und Präventionsarbeit anfallen (ArbG Köln vom 6. 8. 2008, Az. 9 Ca 7687/07). Es mag zwar sein, dass Männer sich zu Experten in Frauenfragen entwickeln können, die Glaubwürdigkeit einer Frau, die aus persönlicher Erfahrung und eigenem Erleben heraus argumentiert, wird dadurch aber nicht ersetzt. Bei nicht staatlichen Einrichtungen ist die Differenzierung daher zulässig. Dagegen setzt die Tätigkeit einer **Gleichstellungsbeauftragten** innerhalb der staatlichen oder kommunalen Organisation keine Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht voraus (BAG vom 12. 11. 1998, NZA 1999, 371, 373; *KR/Treber*, § 8 Rn. 23). Aufgabe dieser Einrichtungen ist die Förderung des Gemeinwohls, nicht die Wahrnehmung von Gruppeninteressen.
- 36 – Das Geschlecht rechtfertigt die Differenzierung bei der Beschäftigung eines **katholischen Priesters** (*Thüsing*, Rn. 342). Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht genießt selbst Verfassungsrang und ist – wie bereits § 9 zeigt – bei der Auslegung des AGG zu berücksichtigen.
- 37 – Als **Arzthelferinnen und Pflegekräfte** dürfen ausschließlich Frauen eingestellt werden, wenn dies im Hinblick auf den besonderen

Charakter der Praxis oder Klinik geboten ist. Eine solche Situation liegt etwa bei einer Praxis mit überwiegend muslimischen Patientinnen vor, die in Gegenwart der Helferin ihren Intimbereich entblößen müssen (BAG vom 21. 2. 1991, NZA 1991, 719, 722). Dasselbe gilt in einer kleinen Belegarztpraxis mit überwiegend (95%) gynäkologischen Eingriffen bei Frauen (ArbG Hamburg vom 10. 4. 2001, PflR 2001, 322, 324). Nach dem Arbeitsgericht Bonn (Urteil vom 31. 3. 2001, PflR 2001, 318, 320) soll eine Differenzierung nach dem Geschlecht dagegen unzulässig sein, wenn eine Pflegekraft bei weiblichen Patienten eingesetzt werden kann, die eine Intimpflege durch männliche Pfleger nicht ablehnen. Dies erscheint zu eng. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die Belegung ständig ändert und die Belegzeiten allgemein verkürzt werden, ist dem Arbeitgeber das Recht einzuräumen, eine pauschalierende Betrachtung anzustellen.

- Allgemein wird man sagen können, dass Differenzierungen nach dem Geschlecht zulässig sind, wenn das **Schamgefühl** betreuer Personen, von Kunden oder Leistungsempfängern berührt ist. Dahinter stehen auch grundrechtlich geschützte Interessen (Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG). Eine pauschalierende Betrachtung ist zulässig. Der Ausschluss eines Mannes aufgrund seines Geschlechts aus einem Bewerbungsverfahren zur Besetzung der Stelle, die mit Nachtdiensten in einem Mädcheninternat verbunden ist, erweist sich danach als gerechtfertigt. Das weibliche Geschlecht ist in diesem Fall eine entscheidende und wesentliche Anforderung (BAG vom 28. 5. 2009, NZA 2009, 1016, 1020 f.). Auch darf ein Arbeitgeber ausschließlich Frauen in der Abteilung für **Damenbademode** oder **Dessous** eines Kaufhauses beschäftigen (LAG Köln vom 19. 7. 1996, NZA-RR 1997, 84; a. A. HK/AGG-Brors, § 8 R.n. 20).
- Bei Tätigkeiten mit Bezug zur **inneren und äußeren Sicherheit** ist zu berücksichtigen, dass der EuGH deren Gewährleistung als Sache der Mitgliedstaaten der EU ansieht (EuGH vom 11. 1. 2000, NZA 2000, 137, 138 – *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland*; EuGH vom 26. 10. 1999, NZA 2000, 25 – *Angela Maria Sirdar/The Army Board, Secretary of State for Defence*). Das (männliche) Geschlecht darf daher vom Mitgliedstaat zur Voraussetzung für den Einsatz in **speziellen Kampfeinheiten** der Streitkräfte, als **Aufseher in Haftanstalten** und im Rahmen bestimmter Aufgaben der **Polizei** gemacht werden (EuGH vom 30. 6. 1988, DVBl. 1989, 756, 756 f.; EuGH vom 15. 5. 1986, DVBl. 1987, 227, 228; EuGH vom 26. 10. 1999, a. a. O., 25, 26).
- Bei **Auslandstätigkeiten außerhalb der EU** kann geschlechtsbezogen differenziert werden, wenn gesetzliche Vorschriften oder kulturelle Überzeugungen in dem Staat, in den ein Mitarbeiter entsandt werden soll, einen Einsatz von Männern erfordern. Dies ist im Streitfall allerdings im Einzelnen von dem Arbeitgeber darzulegen.

## § 8 41–46 Abschnitt 2. Schutz d. Beschäftigten v. Benachteiligung

Die Ungleichbehandlung ist jedenfalls gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber das betreffende Geschäft ansonsten nicht tätigen könnte.

- 41 **bb) Unzulässige Differenzierungen.** Unzulässig ist das Abstellen auf das Geschlecht zum Beispiel bei Differenzierungen in folgenden Fällen:
- 42 – Frauen dürfen nicht pauschal von allen **militärischen** Tätigkeiten und dem **Dienst an der Waffe** ausgeschlossen werden (EuGH vom 11. 1. 2000, a. a. O.).
- 43 – Ein **pädagogisches Konzept**, nach dem ein **Heimerzieher** ein Mann sein soll, reicht für sich genommen zur Rechtfertigung nicht aus (LAG Düsseldorf vom 1. 2. 2002, NZA-RR 2002, 345). Ein Konzept, nach dem Pädagogen beiden Geschlechtern angehören müssen, kann dagegen bei einer Einzelmaßnahme die Ungleichbehandlung legitimieren (SSV/Schleusener, § 8 Rn. 25).
- 44 – Die Tätigkeit einer **Hebamme** verlangt nicht zwingend eine Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht (EuGH vom 21. 5. 1985, NJW 1985, 2076, 2078).
- 45 **c) Religion und Weltanschauung.** Die ungleiche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung kann insbesondere im Rahmen einer Beschäftigung bei Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gerechtfertigt sein. Die Voraussetzungen dafür sind in § 9 geregelt, auf dessen Kommentierung verwiesen wird. In säkularen Unternehmen ist eine Differenzierung nach diesen Merkmalen dagegen in aller Regel ausgeschlossen. Eine bestimmte Religion oder Weltanschauung oder deren Fehlen beeinträchtigen nur in wenigen Ausnahmefällen die Eignung und Befähigung des Beschäftigten zur Erledigung der Arbeitsaufgabe und stellen daher keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar.
- 46 Gerade in Bezug auf die Merkmale Religion und Weltanschauung stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung auch der Gedanke des **Tendenzschutzes** Berücksichtigung finden kann (unentschieden, im Ergebnis aber wohl bejahend *Thüsing*, Rn. 339). Eine allgemeine Tendenzschutzklausel kennt das AGG nicht. Im Rahmen der Auslegung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale „entscheidend“, „wesentlich“ und „angemessen“ ist aber eine Abwägung mit widerstrebenden Grundrechtspositionen geboten und unvermeidbar. Der grundrechtlich fundierte Tendenzschutz ist daher geeignet, Differenzierungen zu rechtfertigen. Er ist beschränkt auf Unternehmen und Betriebe im Sinne von § 118 BetrVG. Das Tendenzunternehmen muss allerdings im Einzelfall belegen, dass die Differenzierung erforderlich ist, um seine grundrechtlich geschützte Position zu vertreten und zu verwirklichen (*Thüsing*, Rn. 339). Eine Tageszeitung, die eine ablehnende Haltung gegenüber Scientology hat, darf daher zum Beispiel einen Angehörigen dieser Gemeinschaft von der Berücksichtigung bei der Besetzung der Stelle eines innen- oder

kulturpolitischen Redakteurs ausschließen, nicht jedoch bei der Besetzung der Stelle eines Sportreporters. Eine sich gezielt an Muslime wendende Zeitung, die sich im Rahmen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung kritisch und vielleicht polemisch mit der christlichen Religion auseinandersetzt, darf einen christlichen Bewerber zur Wahrung ihrer Tendenz als Redakteur ablehnen.

Zahlenmäßig bedeutsamer als die Differenzierung nach der Religion oder Weltanschauung an sich sind im Arbeitsleben die Fälle der **Verwirklichung der religiösen Überzeugung**, sei es durch religiöse Betätigung, sei es durch das **Tragen religiöser Symbole oder religiös motivierter Kleidungsstücke**. Auch hier gilt, dass Anforderungen, die nichts mit dem Unternehmens- oder Betriebszweck zu tun haben, keine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Dies gilt auch im Falle entgegenstehender wirklicher oder vermeintlicher Kundenerwartungen. Von einer Angestellten in einer Buchhandlung darf der Kunde erwarten, dass sie ihn berät und das gewünschte Buch beschafft. Ob sie dabei ein Tuch auf dem Kopf oder ein Kreuz um den Hals trägt, muss ihn nicht interessieren und hat ihn nicht zu interessieren. Das Kopftuch rechtfertigt daher im Normalfall keine ungleiche Behandlung (BAG vom 10. 10. 2002, NZA 2003, 483, 485).

**aa) Zulässige Differenzierungen.** Eine ungleiche Behandlung kann – vorbehaltlich der stets erforderlichen Abwägung im Einzelfall – in folgenden Fällen gerechtfertigt sein:

- Der Betreiber eines **koscheren Restaurants** oder eines Betriebs zur Herstellung koscherer Lebensmittel darf besondere Anforderungen an die Religion des Personals stellen (*Thüsing*, Rn. 348). Die Existenz des jeweiligen religiösen Gebots bezogen auf die konkrete Stelle ist nachzuweisen. Dabei ist allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen, da die Auslegung der „Kashrut“ (Speisegesetze) durchaus unterschiedlich streng ist. Entsprechendes gilt für die Anforderung, ein **Schächter** („Schochet“) müsse Jude sein (*Bauer/Göpfert/Krieger*, § 8 Rn. 42; eine Rechtfertigung in diesem Fall pauschal ablehnend *Thüsing*, Rn. 348). 49
- Eine generelle Weisung, keine **Gebetspausen** während der Arbeitszeit einzulegen und Gebete in den Arbeitspausen zu verrichten, stellt keine unmittelbare Benachteiligung von Muslimen dar (*SSV/Schleusener*, § 8 Rn. 25; a. A. *HK/AGG-Brors*, § 8 Rn. 46). Sie betrifft Muslime aber in besonderer Weise und ist daher an § 3 Abs. 2 zu messen. Die Anordnung kann daher gerechtfertigt sein, wenn die betrieblichen Abläufe ansonsten nicht nur unerheblich gestört werden (*Thüsing*, Rn. 349; siehe auch LAG Hamm vom 18. 1. 2002, NJW 2002, 675, 677; LAG Hamm vom 26. 2. 2001, NZA 2002, 1090, 1092). 50
- Eine **Zeitung** darf einen Bewerber auf die Stelle eines Redakteurs nach seiner Haltung zur Frage der Existenzberechtigung des Staates Israel befragen und die Einstellungsentscheidung von der Antwort 51

§ 8 52–55 Abschnitt 2. Schutz d. Beschäftigten v. Benachteiligung

- oder ihrer Verweigerung abhängig machen (*Bauer/Göpfert/Krieger*, § 8 Rn. 32).
- 52 – Das Tragen von **religiös motivierten Kleidungsstücken** (Kopftücher, weite Kleidung) kann aus Gründen der Arbeitssicherheit untersagt werden, wenn diese das Unfallrisiko erhöhen (*SSV/Schleuse-ner*, § 8 Rn. 42; *HK/AGG-Brors*, § 8 Rn. 46).
- 53 – Das Tragen einer **Burka** oder eines ähnlich verhüllenden Kleidungsstücks macht eine Arbeitnehmerin in der Regel ungeeignet für Arbeitseinsätze, und zwar insbesondere im Dienstleistungsbereich (differenzierend *HK/AGG-Brors*, § 8 Rn. 48). Es ist eine Funktionsbedingung einer aufgeklärten Gesellschaft, dass Menschen ungehindert kommunizieren können. Ein wesentlicher Teil der Kommunikation von Menschen geschieht nonverbal durch Körpersprache und Mimik. Die Burka erlaubt dies nicht. Sie steht daher der notwendigen Kommunikation im Arbeitsverhältnis und gegenüber Dritten, etwa Kunden, als unüberwindliches Hindernis entgegen. Ausnahmen mögen allenfalls zu begründen sein, wo die Arbeitsleistung ohne Kontakt zur Arbeitsumgebung erbracht werden kann.
- 54 – Zulässig kann das direkte Anknüpfen an die Religion bei bestimmten **Auslandseinsätzen** sein. Der Zutritt nach Mekka in Saudi-Arabien zum Beispiel ist nur Muslimen gestattet, Angehörige anderer Religionen oder Atheisten kommen für einen Einsatz dort nicht in Betracht (*Thüsing*, Rn. 348; *Bauer/Göpfert/Krieger*, § 8 Rn. 42).
- 55 **bb) Unzulässige Differenzierungen.** Ein schwieriges Thema ist das in einigen Bundesländern geltende Verbot für **Lehrer und Lehrerinnen**, im Schuldienst ihre religiöse Überzeugung zu bekunden, wenn dabei in besonderer Weise auf das islamische **Kopftuch** abgezielt wird. So dürfen Lehrkräfte an öffentlichen Schulen, z. B. in Nordrhein-Westfalen, in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußeren Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören, § 57 Abs. 4 S. 1 NWSchulG (dazu BAG vom 20. 8. 2009, NZA 2010, 227 ff.). Gleichzeitig stellt das Gesetz jedoch klar, dass die Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen dem Verhaltensgebot *nicht* widerspricht, § 57 Abs. 4 S. 3 NWSchulG. Es gibt durchaus gute Gründe dafür, eine derartige Einschränkung für gerechtfertigt zu halten (siehe dazu eingehend FS-Leinemann/*Thüsing*, 817, 824). Das BAG (vom 20. 8. 2009, NZA 2010, 227, 228 f.) hat die einer muslimischen Sozialpädagogin an einer Gesamtschule erteilte Abmahnung wegen des Tragens einer den gesamten Haaransatz bedeckenden Wollmütze (als Ersatz für das vorher schon beanstandete Kopftuch) in Anwendung von § 57 Abs. 4 S. 1 NWSchulG für rechtmäßig erachtet und einen Verstoß der Vorschrift gegen höherrangiges Recht verneint. Auch die verhaltensbedingte Kündigung

einer Lehrerin wegen eines sogenannten islamischen Kopftuchs wurde gebilligt (ArbG Wuppertal vom 29. 7. 2008, Az. 4 Ca 1077/08, *juris*). Diese Rechtsprechung steht im Einklang mit derjenigen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vom 10. 11. 2005, NVwZ 2006, 1389, und vom 15. 1. 2001, NJW 2001, 2871, 2873).

Für die Praxis ist die Frage durch die zitierte Rechtsprechung geklärt. 56 Gleichwohl halten wir an den bereits in der Voraufgabe geäußerten Bedenken fest. Das BAG (vom 20. 8. 2009, NZA 2010, 227, 230) und das BVerwG (vom 16. 12. 2008, NJW 2009, 1289, 1290 zu § 38 BaWü-SchulG) sehen in der Zulässigkeit der Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen keine Bevorzugung der christlichen Religion, weil sie den Begriff des „Christlichen“ als eine vom Glaubensinhalt losgelöste Wertewelt begreifen. Das erscheint als nicht begründbarer Kunstgriff und überzeugt nicht. Ist man aber mit uns der Auffassung, dass der Begriff des Christlichen den religiösen Kern enthält, ist die staatliche Neutralität in Religionsfragen aufgrund des Landesschulgesetzes, z. B. in Nordrhein-Westfalen, nicht gewahrt. Deren konsequente Umsetzung wäre aber nach unserer Einschätzung Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Verbots religiöser Bekundungen. Das BVerfG hat zudem entschieden, dass die Einführung einer Dienstpflicht, die es Lehrern verbietet, in ihrem äußeren Erscheinungsbild die Religionszugehörigkeit erkennbar zu machen, nur dann in verfassungsmäßiger – unter anderem mit Art. 33 Abs. 3 GG vereinbarer – Weise begründet werden kann, wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei *gleich* behandelt werden (BVerfG vom 24. 9. 2003, NJW 2003, 3111, 3116). Deshalb halten wir aber auch ein generelles und alle Religionen gleichermaßen betreffendes Verbot des Tragens jeglicher religiös motivierter Kleidungs- und Schmuckstücke durch Lehrer und Lehrerinnen für verfassungswidrig (so aber die Gesetzeslage in Berlin; für die Zulässigkeit derartiger genereller Verbote SSV/Schleusener, § 8 R.n. 48). Dies folgt ebenfalls aus den Grundsätzen, die das BVerfG in seinem Urteil vom 24. 9. 2003 aufgestellt hat: Das Gericht erkennt, dass ein derartiges Verbot einen *erheblichen* Eingriff in die Glaubensfreiheit der Betroffenen darstellt (BVerfG, a. a. O.). Gleichzeitig ist zu beachten, dass durch ein solches Verbot die Menschen verschiedener Religionszugehörigkeit *unterschiedlich intensiv betroffen* werden, je nachdem, ob sie die Befolgung bestimmter Bekleidungsitten als zur Ausübung ihrer Religion gehörig ansehen oder nicht (BVerfG, a. a. O.). Nach Maßgabe dieser vom BVerfG aufgestellten Grundsätze muss im Ergebnis *jedwede* Verbotsregelung zur Bekundung des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses als unvereinbar mit der Verfassung erachtet werden: Das Gebot einerseits, Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften *gleich* zu behandeln und das zwingende Bedürfnis andererseits, die *unterschiedliche* Eingriffsintensität beim Grundrechtsträger zu berücksichtigen, führen dazu, dass eine verfassungskonforme Regelung letztlich unmöglich ist.



- 57 **d) Behinderung.** Der Begriff der Behinderung i. S. der Richtlinie 2000/78/EG erfasst jede länger andauernde Einschränkung, auch wenn der Grad der Behinderung unter 50% liegt. Auf Fälle vor Inkrafttreten des AGG ist das Diskriminierungsverbot des § 81 Abs. 2 SGB IX a. F. in europarechtskonformer Auslegung auch bezogen auf derartige geringere Behinderungen anzuwenden (BAG vom 3. 4. 2007 – 9 AZR 823/06, NZA 2007, 1098). Behinderungen können deutlich häufiger als die übrigen – in der Regel arbeitsplatzneutralen – Merkmale nach § 1 die Fähigkeit des Beschäftigten zur Erledigung der Arbeitsaufgabe einschränken. Einer **Rechtfertigung** nach Abs. 1 bedarf es aber nur, wenn die ungleiche Behandlung **wegen** der Behinderung erfolgt (HK/AGG-Brors, § 8 Rn. 35; SSV/Schleusener, § 8 Rn. 50). Nur dann liegt überhaupt eine Benachteiligung im Sinne von § 3 AGG vor. Genügt zum Beispiel ein behinderter Bewerber aus Gründen, die in keinem Zusammenhang mit der Behinderung stehen, nicht den vom Arbeitgeber diskriminierungsfrei definierten Stellenanforderungen, so bedarf die ablehnende Entscheidung nicht der Rechtfertigung nach Abs. 1 (BAG vom 15. 2. 2005, NZA 2005, 870; BAG vom 5. 2. 2004, NZA 2004, 540).
- 58 Beeinträchtigt die **Behinderung** nach Ansicht des Arbeitgebers die Einsatzmöglichkeiten, ist zu beachten, dass der Arbeitgeber nach **Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG** verpflichtet ist, **verhältnismäßige Maßnahmen** zu ergreifen, um behinderten Menschen den **Zugang** zu einer Beschäftigung, die **Berufsausübung**, den beruflichen **Aufstieg** und die **Teilnahme an Bildungsmaßnahmen** zu ermöglichen. Die Regelung des Abs. 1 ist entsprechend unionsrechtskonform zu interpretieren (gegen die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung in diesem Fall *Thüsing*, Rn. 358, der allerdings zu Unrecht nur § 81 Abs. 4 SGB IX betrachtet). Im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des Abs. 1 ist daher nicht nur der Arbeitsplatz in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung maßgebend, sondern gegebenenfalls auch der mit verhältnismäßigem Aufwand geänderte (zutreffend HK/AGG-Brors, § 8 Rn. 36; KR/Treber, § 8 Rn. 29). Kann etwa der Zugang zu dem Arbeitsplatz einem grundsätzlich geeigneten gehbehinderten Bewerber durch geringfügige bauliche Veränderungen ermöglicht werden, kann sich der Arbeitgeber bei seiner Ablehnung nicht erfolgreich auf „wesentliche“ und „entscheidende“ Anforderungen berufen.
- 59 **aa) Zulässige Differenzierungen**
- Eine **krankheitsbedingte Kündigung** aufgrund einer achtmonatigen Erkrankung stellt keine Diskriminierung wegen einer Behinderung im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG dar, wenn es sich um eine Krankheit und nicht um eine Behinderung im eigentlichen Sinne handelt (EuGH vom 11. 7. 2006, NZA 2006, 839 – *Chacón Navas*). Vom Begriff der „Behinderung“ werden nur solche Einschränkungen erfasst, die von langer Dauer sind und eine physi-