

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Vorlagebeschluss (EuGH) vom 30. Januar 2019
- 10 AZR 299/18 (A) -
ECLI:DE:BAG:2019:300119.B.10AZR299.18A.0

I. Arbeitsgericht
Nürnberg

Endurteil vom 28. März 2017
- 8 Ca 6967/14 -

II. Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Urteil vom 27. März 2018
- 7 Sa 304/17 -

Entscheidungsstichwort:

Wirksamkeit eines Kopftuchverbots

Leitsatz:

Ob das Verbot eines Unternehmens der Privatwirtschaft, auffällige großflächige Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen am Arbeitsplatz zu tragen, wirksam ist, hängt von der Auslegung von Unionsrecht ab. Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts richtet im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV vier Fragen an den Gerichtshof der Europäischen Union. Sie betreffen das Verständnis der Richtlinie 2000/78/EG sowie der Religionsfreiheit nach Art. 10 GRC und der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC, auch im Verhältnis zu nationalem Verfassungsrecht.

BUNDEsarbeitsgericht



10 AZR 299/18 (A)

7 Sa 304/17

Landesarbeitsgericht

Nürnberg

Verkündet am
30. Januar 2019

BESCHLUSS

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Januar 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pessinger sowie die ehrenamtlichen Richter Schurkus und Uhamou beschlossen:

I. Der Gerichtshof der Europäischen Union wird nach Art. 267 AEUV um Vorabentscheidung über die Fragen ersucht:

1. Kann eine festgestellte mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion im Sinn von Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG aufgrund einer internen Regel eines privaten Unternehmens nur dann angemessen sein, wenn nach dieser Regel das Tragen jeglicher sichtbarer und nicht nur das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen verboten ist?

2. Sofern die Frage zu 1. verneint wird:

a) Ist Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG dahin auszulegen, dass die Rechte aus Art. 10 GRC und Art. 9 EMRK in der Prüfung berücksichtigt werden dürfen, ob eine festgestellte mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion aufgrund einer internen Regel eines privaten Unternehmens angemessen ist, die das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen verbietet?

b) Ist Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG dahin auszulegen, dass nationale Regelungen von Verfassungsrang, die die Religionsfreiheit schützen, als günstigere Vorschriften im Sinn von Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG in der Prüfung berücksichtigt werden dürfen, ob eine festgestellte mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion aufgrund einer internen Regel eines privaten Unternehmens angemessen ist, die das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen verbietet?

3. Sofern die Fragen zu 2a) und 2b) verneint werden:

Müssen nationale Regelungen von Verfassungsrang, die die Religionsfreiheit schützen, in der Prüfung einer Weisung aufgrund einer internen Regel eines privaten Unternehmens, die das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen verbietet, wegen primären Unionsrechts unangewendet bleiben, auch wenn primäres Unionsrecht, wie zum Beispiel Art. 16 GRC, einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkennt?

- II. Das Revisionsverfahren wird bis zu der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über das Vorabentscheidungsersuchen ausgesetzt.

Gründe

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 Buchst. b und Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78/EG), auch unter Berücksichtigung von Art. 10 und Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta) sowie Art. 9 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Konvention). 1

A. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens 2

Die Parteien streiten im Kern darüber, ob die Weisung, am Arbeitsplatz kein sogenanntes islamisches Kopftuch zu tragen, rechtmäßig ist. 3

Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht. Sie betreibt in Deutschland Drogeriemärkte. Die Klägerin ist gläubige Muslima. Sie ist bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin seit dem Jahr 2002 als Verkaufsberaterin und Kassiererin in der Filiale Ansbach beschäftigt. 4

Nach ihrer Rückkehr aus der Elternzeit im Jahr 2014 trug sie - anders als zuvor - ein Kopftuch. Sie kam der Aufforderung der Beklagten, das Kopftuch am Arbeitsplatz abzulegen, nicht nach. Daraufhin wurde sie nicht mehr beschäftigt. Später versah die Klägerin eine andere Tätigkeit. Dabei musste sie ihr Kopftuch nicht ablegen. Am 21. Juni 2016 wurde sie aufgefordert, das Kopftuch abzulegen. Nachdem sie dies abgelehnt hatte, wurde sie nach Hause geschickt. Im Juli 2016 erhielt sie die Weisung, ohne auffällige großflächige religiöse, politische und sonstige weltanschauliche Zeichen am Arbeitsplatz zu erscheinen. 5

Die Klägerin beruft sich darauf, dass sie das Kopftuch ausschließlich trage, um ein religiöses Gebot zu erfüllen. Sie empfinde das islamische Bedeckungsgebot als zwingend. Sie bestreitet die unternehmensweite Geltung der Regel und hält die darauf gestützte Weisung für unwirksam. Nach ihrer Auffassung könne sie sich auf die verfassungsrechtlich geschützte Religionsfreiheit berufen. Dem auf der unternehmerischen Freiheit beruhenden Wunsch einer Neutralitätspolitik komme kein unbedingter Vorrang vor der Religionsfreiheit zu. Vielmehr sei eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Gerichtshof) stehe dem nicht entgegen. Das Unionsrecht enthalte lediglich Mindestanforderungen. Auch eine danach zulässige Ungleichbehandlung könne nach nationalem Recht unzulässig sein.

6

Mit ihrer Klage will die Klägerin festgestellt wissen, dass die Weisung der Beklagten, ohne Kopftuch zu arbeiten, unwirksam ist. Ferner verlangt sie Vergütung.

7

Die Beklagte hält die Weisung für rechtmäßig. Sie behauptet, dass bei ihr seit jeher eine Kleiderordnung gelte, nach der unter anderem Kopfbedeckungen aller Art nicht am Arbeitsplatz getragen werden dürften. Seit Juli 2016 gelte für alle Verkaufsfilialen die Regel, nach der das Tragen auffälliger großflächiger religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Zeichen am Arbeitsplatz verboten sei. Ziel der Beklagten sei es, im Unternehmen Neutralität zu wahren. Unter anderem sollten Konflikte unter den Beschäftigten vermieden werden. Zu solchen Problemen, die auf die unterschiedlichen Religionen und Kulturen zurückzuführen seien, sei es in der Vergangenheit bereits in drei Fällen gekommen. Sie hingen nicht mit dem Tragen eines Kopftuchs oder eines anderen religiösen Zeichens zusammen.

8

Die Beklagte stützt sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Sache Achbita gegen G4S Secure Solutions (*EuGH 14. März 2017 - C-157/15 -, im Folgenden entsprechend der Bezeichnung des Gerichtshofs G4S Secure Solutions*). Für ein wirksames Bekundungsverbot sei es nicht erforderlich darzulegen, dass wirtschaftliche Nachteile einträten und Kunden aus-

9

blieben. Der Gerichtshof habe der durch Art. 16 der Charta geschützten unternehmerischen Freiheit größeres Gewicht als der Religionsfreiheit eingeräumt. Ein abweichendes Ergebnis könne durch nationale Grundrechte nicht gerechtfertigt werden.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage weiter. 10

B. Einschlägiges nationales Recht 11

I. Verfassungsrecht 12

1. Art. 4 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (*BGBI. I S. 2347*) lautet: 13

„(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.

(2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.

...“

2. In Art. 12 GG ist geregelt: 14

„(1) ¹Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. ²Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

...“

II. Gesetzliche Vorschriften 15

1. In § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (*BGBI. I 2002 S. 42, berichtigt S. 2909 und BGBI. I 2003 S. 738*) heißt es: 16

„§ 134
Gesetzliches Verbot

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

2. § 106 der Gewerbeordnung (GewO) in der Fassung des Gesetzes vom 24. August 2002 (*BGBI. I S. 3412*) regelt unter der Überschrift „Weisungsrecht des Arbeitgebers“: 17

„¹Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. ²Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. ³Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.“

3. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (*BGBI. I S. 1897*) regelt auszugsweise: 18

- a) In § 1 AGG wird das Ziel des Gesetzes benannt. Dort heißt es: 19

„Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“

- b) § 3 AGG lautet: 20

„§ 3
Begriffsbestimmungen

...

(2) Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur

Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

...“

- c) In § 7 AGG ist unter der Überschrift „Benachteiligungsverbot“ geregelt: 21

„(1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.

...“

C. Einschlägiges Unionsrecht 22

I. Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 (ABl. C 303 S. 1) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Juni 2016 (ABl. C 202 S. 389) 23

1. Art. 10 der Charta lautet: 24

„Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit

(1) Jede Person hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dieses Recht umfasst die Freiheit, die Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht, Bräuche und Riten zu bekennen.

...“

2. In Art. 16 der Charta heißt es unter der Überschrift „Unternehmerische Freiheit“: 25

„Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.“

- II. Richtlinie 2000/78/EG** 26
1. In Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG heißt es: 27
- „Der Begriff ‚Diskriminierung‘
- (1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet ‚Gleichbehandlungsgrundsatz‘, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.
- (2) Im Sinne des Absatzes 1
- a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;
- b) liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn:
- i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, oder
- ...“
2. In Art. 8 der Richtlinie 2000/78/EG ist unter der Überschrift „Mindestanforderungen“ geregelt: 28
- „(1) Die Mitgliedstaaten können Vorschriften einführen oder beibehalten, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger als die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften sind.
- (2) Die Umsetzung dieser Richtlinie darf keinesfalls als Rechtfertigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen benutzt werden.“

D. Einschlägiges Völkerrecht 29

Art. 9 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 in der Neufassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2010 (*BGBI. II S. 1198*), geändert durch Gesetz zu dem Protokoll Nr. 15 vom 24. Juni 2013 zur Änderung der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 2. Dezember 2014 (*BGBI. II S. 1034*) lautet:

„Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit

(1) Jede Person hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und 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.

(2) Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekennen, darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

E. Rechtsprechung 31

I. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 32

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass das Verbot eines privaten Arbeitgebers, Zeichen religiöser Überzeugungen sichtbar zu tragen, einen Eingriff in das durch Art. 9 der Konvention geschützte Recht der Arbeitnehmer darstellt, ihre Religion zu bekennen. Das Tragen religiöser Kleidung, etwa eines Kopftuchs, ist als Religionsbekenntnis ein von Art. 9 der Konvention geschütztes Verhalten (*EGMR 18. September 2018 - 3413/09 - [Lachiri gegen Belgien] Rn. 31; 15. Januar 2013 - 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 - [Eweida ua. gegen Vereinigtes Königreich] Rn. 80; 10. November 2005 - 44774/98 - [Şahin gegen Türkei] Rn. 78*). Das Kopftuchverbot eines privaten Arbeitgebers stellt einen dem Kon-

ventionsstaat nicht unmittelbar zuzurechnenden Eingriff dar. Die damit befassten staatlichen Gerichte haben das Recht aus Art. 9 der Konvention ausreichend zu schützen und einen gerechten Ausgleich zwischen den Rechten der Betroffenen und denen der anderen herzustellen. Bei einer Kleiderordnung ist das Recht der Arbeitnehmer, ihren Glauben zu bekennen, mit dem Anliegen des Arbeitgebers, ein bestimmtes Unternehmensbild zu vermitteln, abzuwägen (*EGMR 15. Januar 2013 - 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 - [Eweida ua. gegen Vereinigtes Königreich] Rn. 84, 91, 94*).

II. Bundesverfassungsgericht (BVerfG)

34

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fällt das Tragen eines islamischen Kopftuchs in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Die Regelung in Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG enthält ein umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht, das sich auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, ebenso erstreckt wie auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten, für seinen Glauben zu werben und andere von ihrem Glauben abzuwerben. Vom Schutz umfasst sind damit auch Äußerungsformen des religiösen und weltanschaulichen Lebens. Dazu gehört das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und dieser Überzeugung gemäß zu handeln, also glaubensgeleitet zu leben. Erfasst sind nicht nur imperative Glaubenssätze (*vgl. BVerfG 27. Juni 2017 - 2 BvR 1333/17 - Rn. 38; 18. Oktober 2016 - 1 BvR 354/11 - Rn. 58; 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 - Rn. 85 mwN, BVerfGE 138, 296*). Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG steht in enger Beziehung zum höchsten nationalen Verfassungswert der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG (*vgl. BVerfG 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02 - zu B II 5 a der Gründe mwN, BVerfGE 108, 282*).

35

2. Im Weg der mittelbaren Drittwirkung wirkt dieser grundrechtliche Schutz auch auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen ein. Die Grundrechte sind von den Fachgerichten, insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, bei der Auslegung des Fachrechts zur Geltung zu bringen. Die Grundrechte entfalten hierbei ihre Wirkung als verfas-

36

sungsrechtliche Wertentscheidungen und strahlen als „Richtlinien“ in das Zivilrecht ein. Die Freiheit der einen ist mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Die Reichweite der mittelbaren Grundrechtswirkung hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab (*vgl. BVerfG 11. April 2018 - 1 BvR 3080/09 - Rn. 32 f.; zu der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit BVerfG 30. Juli 2003 - 1 BvR 792/03 - zu B II 1 b der Gründe, BVerfGK 1, 308*).

3. Nach diesen Grundsätzen geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass sich Musliminnen, die ein in der für ihren Glauben typischen Weise gebundenes Kopftuch tragen, auch bei der Ausübung ihres Berufs auf den Schutz der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG berufen können. Unerheblich ist danach, dass im Islam unterschiedliche Auffassungen zum sogenannten Bedeckungsgebot vertreten werden, weil die religiöse Fundierung der Bekleidungswahl nach geistigem Gehalt und äußerer Erscheinung hinreichend plausibel ist (*vgl. BVerfG 27. Juni 2017 - 2 BvR 1333/17 - Rn. 38 f. [angestellte Rechtsreferendarin im öffentlichen Dienst]; 18. Oktober 2016 - 1 BvR 354/11 - Rn. 57, 59 [angestellte Erzieherin in einer öffentlichen Kindertagesstätte]; 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 - Rn. 87 ff. mwN, BVerfGE 138, 296 [angestellte Sozialpädagogin und angestellte Lehrerin in öffentlichen Schulen]; 30. Juli 2003 - 1 BvR 792/03 - zu B II 1 b der Gründe, BVerfGK 1, 308 [angestellte Verkäuferin]*).

37

4. Ein Verbot religiöser Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild, namentlich das Tragen religiös konnotierter Kleidung, erweist sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts als unverhältnismäßig im engeren Sinn, wenn dieses Verhalten nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen ist und das Verbot nicht voraussetzt, dass zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegt (*vgl. BVerfG 18. Oktober 2016 - 1 BvR 354/11 - Rn. 61; 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 - Rn. 101, BVerfGE 138, 296*).

38

- III. Bundesarbeitsgericht (BAG)** 39
1. Wie das Bundesverfassungsgericht verlangt das Bundesarbeitsgericht eine Abwägung der kollidierenden Grundrechte von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch dann, wenn es sich um einen privaten Arbeitgeber handelt. Dieser muss einen ihm offenbaren und beachtlichen Glaubens- oder Gewissenskonflikt seines Arbeitnehmers bei der Ausübung des Weisungsrechts berücksichtigen. Das bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts zu wahrende billige Ermessen - jetzt in § 106 Satz 1 GewO kodifiziert - wird inhaltlich durch die Grundrechte des Arbeitnehmers mitbestimmt. Kollidieren sie mit dem Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer im Rahmen der durch Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit eine von der vertraglichen Vereinbarung gedeckte Tätigkeit zuzuweisen, sind die gegensätzlichen Rechtspositionen grundrechtskonform auszugleichen. Dabei sind die kollidierenden Grundrechte in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie im Sinn einer praktischen Konkordanz für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (*BAG 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09 - Rn. 22 f., BAGE 137, 164; 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01 - zu B II 3 c der Gründe mwN, BAGE 103, 111*). 40
2. Das Bundesarbeitsgericht verlangt von dem insoweit darlegungspflichtigen Arbeitgeber den Vortrag von Tatsachen realer Gefährdungen, die darin liegen, dass es bei dem weiteren Einsatz einer Arbeitnehmerin als Verkäuferin mit einem islamischen Kopftuch zu konkreten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen käme. Bloße Vermutungen und Befürchtungen genügen nicht, insbesondere weil bei der Herbeiführung eines schonenden Ausgleichs der unterschiedlichen grundrechtlichen Positionen zu berücksichtigen ist, dass Grundrechte nicht auf einen möglichen „Verdacht“ hin beiseitegestellt werden können (*BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01 - zu B II 3 c bb der Gründe, BAGE 103, 111*). 41

F.	Erforderlichkeit der Entscheidung des Gerichtshofs und Erläuterung der Vorlagefragen	42
I.	Erforderlichkeit der Entscheidung des Gerichtshofs	43
1.	Die Weisung der Beklagten, wonach die Klägerin nur ohne Kopftuch arbeiten dürfe, ist auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen. Die Beklagte beruft sich für die der Klägerin erteilte Weisung auf eine allgemeine Anordnung, die unternehmensweit für alle Verkaufsfilialen gelten soll und die das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen verbietet.	44
2.	Das Weisungsrecht des Arbeitgebers findet seine Grenzen nach § 106 Satz 1 GewO zum einen in den rechtlichen Rahmenbedingungen (Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarungen, Tarifvertrag, Gesetz) und zum anderen im billigen Ermessen (<i>BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 78, BAGE 160, 296</i>). Das Direktionsrecht des Arbeitgebers und seine Ausübung werden durch gesetzliche Verbote beschränkt (<i>BAG 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 35, BAGE 132, 88</i>). Zu den Verbotsgesetzen in diesem Sinn zählt § 7 AGG, der Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verbietet (<i>vgl. für eine Kündigung BAG 26. März 2015 - 2 AZR 237/14 - Rn. 32, BAGE 151, 189; BeckOK ArbR/Roloff Stand 1. Dezember 2018 AGG § 7 vor Rn. 1</i>). Damit sind Benachteiligungen wegen der Religion verboten. Der Begriff der Benachteiligung ist in § 3 AGG definiert. Stellt eine Weisung eine Benachteiligung iSv. § 7 iVm. §§ 1, 3 AGG dar, sind die Grenzen des eingeräumten Weisungsrechts überschritten; die Weisung ist nach § 134 BGB unwirksam. Der Senat muss deshalb prüfen, ob die Weisung und die ihr zugrunde liegende allgemeine Anordnung eine Ungleichbehandlung iSv. § 3 AGG darstellen und diese Ungleichbehandlung zu einer unzulässigen Benachteiligung führt.	45
3.	Wahrt eine Weisung die rechtlichen Rahmenbedingungen, ist weiter erforderlich, dass sie billigem Ermessen entspricht. Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den	46

allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen (*BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 45, BAGE 160, 296*).

4. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob die Weisung und die ihr zugrunde liegende Regel, auf die sich die Beklagte beruft, eine unzulässige Benachteiligung wegen der Religion iSv. § 3 Abs. 2 AGG und eine unzulässige Einschränkung der durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützten Religionsfreiheit darstellen. § 3 Abs. 2 AGG wurde erlassen, um Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG umzusetzen. Für das Verständnis von § 3 Abs. 2 AGG kommt es daher auf die Auslegung von Vorschriften dieser Richtlinie sowie der Charta an. 47

II. Erläuterung der ersten Vorlagefrage (Frage zu 1.) 48

Die erste Vorlagefrage betrifft die Prüfung, unter welchen Voraussetzungen eine allgemeine Regel, die das Tragen von Zeichen religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen verbietet, geeignet ist, das Ziel einer unternehmerischen Neutralitätspolitik zu verfolgen. 49

1. Aus Sicht des Senats ist mit der auf einer allgemeinen Regel beruhenden Weisung eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion iSv. § 3 Abs. 2 AGG und Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG verbunden. 50

a) Eine mittelbare auf der Religion oder der Weltanschauung beruhende Ungleichbehandlung iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG liegt vor, wenn eine dem Anschein nach neutrale Verpflichtung tatsächlich dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden. 51

b) Die Klägerin wird durch die auf einer allgemeinen Regel beruhende Weisung wegen der Religion ungleichbehandelt. 52

aa) Der Begriff der Religion iSv. Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG wird in der Richtlinie nicht definiert. Er umfasst nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs 53

auch das „forum externum“, dh. die Bekundung des religiösen Glaubens in der Öffentlichkeit (*EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - [G4S Secure Solutions] Rn. 25 ff.; 14. März 2017 - C-188/15 - [Bouagnaoui und ADDH] Rn. 27 ff.*).

- bb) Das Tragen eines islamischen Kopftuchs ist eine Bekundung des Glaubens in diesem Sinn. Nach Auffassung des Senats hat die Klägerin in ausreichendem Umfang dargelegt, dass sie sich aufgrund ihres Glaubens verpflichtet fühlt, ein Kopftuch zu tragen. Sie hat vorgetragen, gläubige Muslima zu sein und das islamische Bedeckungsgebot als unbedingte Verpflichtung zu erachten. In der Gegenwart von Männern, mit denen sie nicht verwandt sei, fühle sie sich verpflichtet, ihren Körper - mit Ausnahme von Gesicht, Händen und Füßen - mit Kleidung derart zu bedecken, dass die Konturen und die Farbe des Körpers nicht zu sehen seien. 54
- c) Die unterschiedliche Behandlung aufgrund der von der Beklagten behaupteten allgemeinen Regel kann keine unmittelbare Ungleichbehandlung darstellen. Davon ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Verfahren G4S Secure Solutions sowie Bouagnaoui und ADDH auszugehen (*EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - Rn. 30 ff.; 14. März 2017 - C-188/15 - Rn. 32*). Die Frage der Abgrenzung der mittelbaren von der unmittelbaren Ungleichbehandlung bei Bekundungsverboten wird aus Sicht des Senats dadurch eindeutig geklärt. 55
- d) Es handelt sich um eine mittelbare Ungleichbehandlung. Die Klägerin wird wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt. 56
- aa) Dafür genügt es, dass von einer nationalen, neutral formulierten Maßnahme wesentlich mehr Innehabende der geschützten persönlichen Eigenschaft benachteiligt sind als Personen, die diese Eigenschaft nicht besitzen (*EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 101*). 57
- bb) Aus Sicht des Senats ist dies der Fall. Es ist zu erwarten, dass Agnostiker ihre Überzeugung systematisch seltener nach außen durch spezifische Be- 58

kleidung, Schmuckstücke oder Aufkleber ausdrücken als Menschen, die einen bestimmten Glauben oder eine bestimmte Weltanschauung verfolgen (vgl. *Schlachter EuZA 2018, 173, 178*).

2. Für die Entscheidung über die Revision kommt es darauf an, ob diese 59
Ungleichbehandlung zu einer unzulässigen mittelbaren Benachteiligung iSv. § 3
Abs. 2 AGG führt. Darüber kann der Senat nicht ohne Anrufung des Gerichts-
hofs nach Art. 267 AEUV befinden. Die Entscheidung hängt von der Bedeutung
der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie
2000/78/EG ab. Danach liegt keine mittelbare Diskriminierung vor, wenn die
Maßnahme durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel
zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

a) Eine Maßnahme stellt keine Ungleichbehandlung dar, wenn sie einem 60
legitimen Ziel dient, für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforder-
lich sowie darüber hinaus angemessen ist (vgl. *EuGH 14. März 2017*
- C-157/15 - [G4S Secure Solutions] Rn. 40; 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ
Razpredelenie Bulgaria] Rn. 118 ff., 122 ff.).

b) In Übereinstimmung mit dem Gerichtshof geht der Senat davon 61
aus, dass der Wunsch eines Arbeitgebers, den Kunden ein Bild der Neutralität
zu vermitteln, von der nach Art. 16 der Charta geschützten unternehmerischen
Freiheit umfasst wird und damit ein rechtmäßiges Ziel darstellt (*EuGH*
14. März 2017 - C-157/15 - [G4S Secure Solutions] Rn. 38; 14. März 2017
- C-188/15 - [Bouagnaoui und ADDH] Rn. 33).

c) Für den Senat stellt sich mit Blick auf die Entscheidungen des Ge- 62
richtshofs in den Sachen G4S Secure Solutions sowie Bouagnaoui und ADDH
(*EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - Rn. 40; 14. März 2017 - C-188/15 - Rn. 32*)
die Frage, ob nur ein umfassendes Verbot, das jegliche sichtbare Form der Be-
kundung erfasst, geeignet ist, das Ziel einer unternehmerischen Neutralitätspoli-
tik zu verfolgen, oder ob - wie im Streitfall - auch ein auf auffällige großflächige
Zeichen beschränktes Verbot dafür genügt, solange es in kohärenter und sys-
tematischer Weise durchgesetzt wird.

- aa) Der Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache G4S Secure Solutions lag eine Regel zugrunde, die das Tragen sichtbarer Zeichen politischer, philosophischer oder religiöser Überzeugungen verbot (*EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - Rn. 30*). Auf diese Entscheidung bezieht sich das Urteil des Gerichtshofs in der Sache Bougnaoui und ADDH (*EuGH 14. März 2017 - C-188/15 - Rn. 32*). 63
- bb) Für den Senat ergibt sich daraus nicht eindeutig, ob der Gerichtshof nur der in der Sache G4S Secure Solutions maßgeblichen Sachverhaltsgestaltung Rechnung getragen und in der mit dieser Sache im Zusammenhang stehenden, am selben Tag ergangenen Entscheidung in der Sache Bougnaoui und ADDH darauf Bezug genommen hat oder ob in den Ausführungen eine allgemeingültige Aussage liegt. Aus Sicht des Senats ist die Rechtslage deshalb aufgrund der Entscheidungen vom 14. März 2017 nicht vollständig geklärt. 64
- cc) Die Klärung dieser Frage durch den Gerichtshof ist für die Entscheidung über die Revision durch den Senat erheblich. 65
- (1) Wegen der weiteren im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG zu prüfenden Voraussetzungen der Erforderlichkeit und der Angemessenheit ist nach Auffassung des Senats nicht anzunehmen, dass nur ein vollständiges Verbot geeignet ist, das Ziel einer unternehmerischen Neutralitätspolitik zu verfolgen. Vielmehr kann auch ein auf bestimmte Formen der Bekundung beschränktes Verbot förderlich sein, das angestrebte Ziel zu verwirklichen. So ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte beispielsweise davon ausgegangen, dass eine von einer Arbeitnehmerin getragene Halskette mit einem unaufdringlichen Kreuz nicht vom beruflichen Erscheinungsbild habe ablenken können (*vgl. EGMR 15. Januar 2013 - 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 - [Eweida ua. gegen Vereinigtes Königreich] Rn. 94*). 66
- (2) Sollte nur eine allgemeine interne Regel eines Unternehmens, die das Tragen jedes sichtbaren Zeichens religiöser, politischer und sonstiger weltanschaulicher Überzeugungen verbietet, ein geeignetes Mittel sein, um eine unzu- 67

lässige mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG und Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG auszuschließen, wäre die Revision der Beklagten unbegründet. Die von ihr als Grundlage der erteilten Weisung herangezogene Regel verbietet nicht jegliche Zeichen, sondern nur auffällige großflächige Zeichen. Wäre hingegen auch eine solche beschränkte Regel ein geeignetes Mittel, um eine unzulässige Benachteiligung auszuschließen, wäre die Revision - vorbehaltlich der weiteren im Folgenden erörterten Punkte - in Form einer Zurückverweisung begründet. In diesem Fall müsste das Berufungsgericht klären, ob die allgemeine Regel, auf die sich die Beklagte beruft, unternehmensweit in allen Verkaufsfilialen gilt.

III. Erläuterung der zweiten und dritten Vorlagefrage (Fragen zu 2a) und zu 2b)) 68

Die Fragen zu 2a) und zu 2b) betreffen die Prüfung der Angemessenheit iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG. Kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass auch ein in einer allgemeinen Regel enthaltenes und auf auffällige großflächige Zeichen beschränktes Verbot geeignet sein kann, das Ziel einer Neutralitätspolitik des Unternehmens zu verfolgen, ist zu prüfen, ob das Verbot erforderlich und angemessen im engeren Sinn ist. 69

1. Der Senat geht davon aus, dass eine Regel wie diejenige, auf die sich die Beklagte beruft, erforderlich ist. Sie ist nach dem Vortrag der Beklagten auf das unbedingt Erforderliche beschränkt (*vgl. EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - [G4S Secure Solutions] Rn. 42*), indem sie nur das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen verbietet und sich nur an Arbeitnehmer mit Kundenkontakt richtet. 70

2. Ob sich das Verbot als angemessen iSd. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG umsetzenden § 3 Abs. 2 AGG erweist, kann der Senat nicht beurteilen, ohne den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV anzurufen. Es geht um die Auslegung von Unionsrecht. 71

a) Für den Senat stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG eine Abwägung der gegenläufigen Interessen vorgenommen werden kann. 72

aa) Bislang hat der Gerichtshof für die Angemessenheit einer Ungleichbehandlung vorausgesetzt, dass die durch eine Maßnahme verursachten Nachteile im Hinblick auf die angestrebten Ziele nicht unverhältnismäßig sind und dass diese Praxis nicht eine übermäßige Beeinträchtigung der legitimen Interessen derjenigen Personen bewirkt, die sich auf ein geschütztes Merkmal berufen können (*EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 123 mwN*). 73

In der Entscheidung *G4S Secure Solutions* verlangt der Gerichtshof zu prüfen, ob ein alternativer Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt mit Kunden in Betracht komme. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, den beiderseitigen Interessen Rechnung zu tragen und die Beschränkung der in Rede stehenden Freiheiten auf das unbedingt Erforderliche zu begrenzen (*EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - [G4S Secure Solutions] Rn. 43*). 74

bb) Für den Senat stellt sich die Frage, ob schon bei der Prüfung der Angemessenheit einer Regel, die ein Bekundungsverbot aufstellt, eine Abwägung der widerstreitenden Interessen - hier Art. 16 der Charta einerseits und Art. 10 der Charta bzw. Art. 9 der Konvention andererseits - vorzunehmen ist oder ob dies erst bei der Anwendung der Regel im Einzelfall, zB bei einer Weisung an den Arbeitnehmer oder bei Ausspruch einer Kündigung, zu erfolgen hat. 75

cc) Die Klärung dieser Frage durch den Gerichtshof ist für die Entscheidung über die Revision durch den Senat erheblich. 76

(1) Nach Auffassung des Senats sind die Rechte der Charta und der Konvention schon bei der Prüfung, ob eine allgemeine Regel an sich eine unzulässige mittelbare Benachteiligung iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG darstellt, zu berücksichtigen. 77

- (a) Beruht eine konkrete Behandlung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber auf einer allgemeinen Vorgabe, muss bereits diese Regelung als Grundlage für die Einzelmaßnahme rechtmäßig sein. 78
- (b) Die Charta ist im Streitfall zu berücksichtigen, weil es um die Durchführung des Rechts der Union iSv. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 der Charta geht. Mit dem AGG wird die Richtlinie 2000/78/EG in diesem Sinn im deutschen Recht durchgeführt. Zudem betrifft der Rechtsstreit eine Person, die im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses eine Ungleichbehandlung wegen ihrer Religion erfahren hat (*vgl. EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 49 mwN*). 79
- (c) Zu berücksichtigen ist ferner Art. 9 der Konvention. Nach Art. 52 Abs. 3 der Charta haben die Rechte der Charta, die den durch die Konvention garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Das in Art. 10 Abs. 1 der Charta garantierte Recht entspricht ausweislich der Erläuterungen zur Charta (*ABl. EU C 303 vom 14. Dezember 2007 S. 17, 21*) dem durch Art. 9 der Konvention garantierten Recht. Es hat die gleiche Bedeutung und die gleiche Tragweite wie dieses (*EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - [G4S Secure Solutions] Rn. 27; 14. März 2017 - C-188/15 - [Bougnaoui und ADDH] Rn. 29*). 80
- (2) Können die Rechte aus der Charta und der Konvention bei der Beurteilung der Angemessenheit iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG berücksichtigt werden, kommt der durch Art. 10 der Charta und Art. 9 der Konvention geschützten Religionsfreiheit nach Auffassung des Senats der Vorrang zu. Die von der Beklagten herangezogene Regel verbietet ohne hinreichenden Anlass unter anderem das Tragen auffälliger großflächiger religiöser Symbole. 81
- (a) Auf den Schutz durch diese Rechte kann sich die Klägerin auch im Verhältnis zu der Beklagten - dh. im Verhältnis Privater - berufen (*vgl. EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 49; zu der Horizontalwirkung von Rechten aus der Konvention im Arbeitsrecht etwa EGMR 21. Juli 2011*) 82

- 28274/08 - [*Heinisch gegen Deutschland*] Rn. 44; 23. September 2010
- 1620/03 - [*Schüth gegen Deutschland*] Rn. 55).

(b) Das Tragen eines islamischen Kopftuchs zur Erfüllung einer als zwingend empfundenen religiösen Verpflichtung fällt in den Schutzbereich von Art. 10 der Charta und Art. 9 Abs. 1 der Konvention. Ein anlassloses Verbot, auffällige großflächige religiöse Zeichen am Arbeitsplatz zu tragen, beeinträchtigt nach Auffassung des Senats die Religionsfreiheit in nicht zu rechtfertigender Weise. 83

(aa) Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta sind Einschränkungen der Religionsfreiheit zwar möglich (*EuGH 5. September 2012 - C-71/11, C-99/11 - Rn. 60*). Die Beeinträchtigung durch das hier im Streit stehende Bekundungsverbot kann mit dem durch Art. 16 der Charta geschützten Ziel einer unternehmerischen Neutralitätspolitik sowie der negativen Religionsfreiheit der anderen Arbeitnehmer und der Kunden aus Sicht des Senats jedoch nicht gerechtfertigt werden. 84

(bb) Der Senat geht - wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte - davon aus, dass eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen ist (vgl. *EGMR 15. Januar 2013 - 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 - [Eweida ua. gegen Vereinigtes Königreich] Rn. 94*). Sie führt nach Auffassung des Senats dazu, dass die Religionsfreiheit überwiegt, weil die von der Beklagten vorgebrachten Störungen nicht hinreichend gewichtig sind, um ein Bekundungsverbot zu tragen. Auch die negative individuelle Religionsfreiheit trägt das Verbot nicht (vgl. dazu *EGMR 17. Februar 2011 - 12884/03 - [Wasmuth gegen Deutschland] Rn. 50 mwN*). Der Schwerpunkt der Regel liegt in der Wahrnehmung der unternehmerischen Freiheit, die sich als Reflex auf die negative Religionsfreiheit auswirkt. Zudem stellt die Religionsfreiheit nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Voraussetzung des für die Demokratie unentbehrlichen Pluralismus dar. Konflikte zwischen Gläubigen und Anders- oder Nichtgläubigen sollten nicht im Weg der Beseitigung, sondern unter Bewahrung der religiösen Vielfalt gelöst werden (*EGMR 16. Dezember 2004 - 39023/97 - [Supreme Holy Council of the Muslim Community gegen Bulgarien] Rn. 93*). 85

(3) Dürften nach Auffassung des Gerichtshofs der Europäischen Union die Rechte aus der Charta und der Konvention bei der Prüfung der Angemessenheit einer Regel nicht berücksichtigt werden, wäre die Revision in Form einer Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht zur Feststellung weiterer Tatsachen erfolgreich. Wäre es nach Auffassung des Gerichtshofs hingegen zulässig, die Rechte aus der Konvention und der Charta in die Abwägung einzustellen, bliebe die Revision erfolglos. 86

b) Für den Fall, dass der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass kollidierende Rechte aus der Charta und der Konvention im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit im engeren Sinn keine Berücksichtigung finden können, stellt sich die weitere Frage, ob nationales Recht von Verfassungsrang, insbesondere die durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützte Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, eine günstigere Regelung iSv. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG darstellen kann. 87

aa) Nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten Vorschriften einführen oder beibehalten, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger als die in der Richtlinie vorgesehenen Vorschriften sind. 88

bb) Der Senat vermag ohne Anrufung des Gerichtshofs nicht zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen von einer günstigeren Vorschrift iSd. Richtlinie auszugehen ist. Es stellt sich die Frage, ob darunter nur nationale Regelungen fallen, die den Diskriminierungsschutz zum Ziel haben, oder ob auch solche Vorschriften erfasst sind, die wie die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG den freiheitsrechtlichen Bereich schützen sollen. 89

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist diese Frage, die in der Literatur kontrovers diskutiert wird, - soweit ersichtlich - bislang ungeklärt (*gegen eine Einbeziehung von Freiheitsrechten in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG* Wagner *EuR* 2018, 724, 742; *für eine Einbeziehung* Klein *NVwZ* 2017, 920, 921; Neugebauer/Sura *RdA* 2018, 350, 355; Preis/Morgenbrodt *ZESAR* 2017, 309, 317; Sagan *EuZW* 2017, 457, 460 f.). 90

- cc) Die Frage ist für die Entscheidung über die Revision im Streitfall relevant. 91
- (1) Der Senat geht davon aus, dass auch Freiheitsrechte als günstigere Vorschriften iSv. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG in Betracht kommen, solange sie im Ergebnis den diskriminierungsrechtlichen Schutzstandard erhöhen. 92
- (a) Grundsätzlich stehen Gleichheitssatz und Freiheitsrechte in Idealkonkurrenz nebeneinander. Gleichwohl ist die gleichheits- und freiheitsrechtliche Prüfung verschränkt, indem die freiheitsrechtliche Relevanz eines Sachverhalts den Rechtfertigungsstandard im Rahmen der Gleichheitsprüfung verschärfen kann und freiheitsrechtliche Wertungen im Rahmen der Gleichheitsprüfung zu berücksichtigen sind (*Wollenschläger in von Mangoldt/Klein/Starck GG 7. Aufl. Art. 3 Rn. 329 f.*). Im Rahmen der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sind infolge der Wertoffenheit des Gleichheitssatzes die Wertentscheidungen der Freiheitsrechte zu berücksichtigen (*Heun in Dreier GG 3. Aufl. Art. 3 Rn. 140*). Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass der spezielle Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sowohl den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als auch die durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützte Glaubensfreiheit verstärkt (*BVerfG 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 - Rn. 125, BVerfGE 138, 296*). 93
- (b) Das Bekenntnis zur Religion ist daher sowohl freiheits- als auch gleichheitsrechtlich abgesichert. Erfasst ist die Freiheit, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen zu haben und zu betätigen. Die Entscheidung hierzu wird gleichheitsrechtlich abgesichert, weil die Person nicht fürchten muss, deswegen Nachteile zu erleiden (*vgl. für das Unionsrecht Preis/Sagan/Grünberger/Husemann EuArbR 2. Aufl. § 5 Rn. 78*). 94
- (c) Durch die Einbeziehung der freiheitsrechtlichen Aspekte in den unionsrechtlichen Diskriminierungsschutz wird der Diskriminierungsschutz im Ergebnis erweitert. Es wird sichergestellt, dass der Aspekt der Ausübung des Freiheitsrechts Berücksichtigung findet. 95

- (2) Die Entscheidung über die Revision hängt von der Beantwortung der Vorlagefrage ab. 96
- (a) Nach nationalem Recht tritt die als Freiheitsrecht durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützte Glaubens- und Bekenntnisfreiheit gegenüber der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit des Arbeitgebers nur dann zurück, wenn Tatsachen realer Gefährdungen nachgewiesen sind (*BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01 - zu B II 3 c bb der Gründe, BAGE 103, 111*). Für ein Bekundungsverbot durch Gesetz verlangt das Bundesverfassungsgericht eine hinreichend konkrete Gefahr für die mit dem Verbot geschützten Güter. Es reicht nicht aus, wenn ein religiös konnotiertes äußeres Erscheinungsbild lediglich abstrakt geeignet ist, die Schutzgüter zu gefährden (*vgl. BVerfG 18. Oktober 2016 - 1 BvR 354/11 - Rn. 61; 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 - Rn. 101, BVerfGE 138, 296*). 97
- (b) Stellte die durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützte Glaubens- und Bekenntnisfreiheit in ihrem durch die nationale Rechtsprechung herausgearbeiteten Verständnis keine günstigere Vorschrift iSv. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG dar und könnte sie im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit iSv. § 3 Abs. 2 AGG nicht berücksichtigt werden, hätte die Revision in Form einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht Erfolg. Ginge nationales Verfassungsrecht dagegen in die Prüfung der Angemessenheit ein, wäre die Revision unbegründet. Die von der Beklagten angeführten Gründe stellen keine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter dar und vermögen das streitige Bekundungsverbot nicht zu tragen. 98
- IV. Erläuterung der vierten Vorlagefrage (Frage zu 3.)** 99
- Die Vorlagefrage zu 3. betrifft das Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem Verfassungsrecht. 100
1. Beantwortete der Gerichtshof die vorangehenden Fragen zu 2a) und zu 2b) in dem Sinn, dass in die Prüfung, ob eine unzulässige Benachteiligung wegen der Religion vorliegt, weder Rechte aus der Charta und der Konvention noch innerstaatliche Vorschriften von Verfassungsrang Eingang finden können, 101

stellt sich für den Senat die Frage, ob damit das Unionsrecht - hier Art. 16 der Charta - die Einbeziehung nationaler Grundrechte in die Prüfung, ob eine Weisung des Arbeitgebers wirksam ist, insgesamt ausschließt (*vgl. zu dem Anwendungsvorrang, auch im Verhältnis zu nationalem Verfassungsrecht, EuGH 9. März 1978 - C-106/77 - [Simmenthal] Rn. 17 f., Slg. 1978, 629*).

a) Ginge die unternehmerische Freiheit im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit einer Regel iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b lit. i der Richtlinie 2000/78/EG stets vor, wahrte die Regel die rechtlichen Rahmenbedingungen iSv. § 106 Satz 1 und Satz 2 GewO. Nach nationalem Recht wäre dann zu prüfen, ob die Ausübung des Weisungsrechts im Einzelfall billigem Ermessen iSv. § 106 Satz 1 GewO entspräche. Dafür ist eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit vorzunehmen. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls, auch die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Arbeitnehmerin, einzubeziehen (*vgl. BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 45, BAGE 160, 296*). Aus Sicht des Senats kommt es darauf an, ob Art. 16 der Charta dazu führt, dass Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG unangewendet bleiben müssen.

102

b) Die Frage der Unanwendbarkeit nationalen Rechts stellt sich immer dann, wenn das Unionsrecht dem Einzelnen ein Recht verleiht, das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen kann und eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich ist (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 75 f.*). Ein solches subjektives Recht wirkt unmittelbar (*vgl. für die horizontale Direktwirkung zB von Art. 31 Abs. 2 der Charta EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 67, 69 ff. mwN*). Besteht kein subjektives Recht, das im Privatrechtsverhältnis direkt wirkt, kommt lediglich ein Schadensersatzanspruch gegen den Mitgliedstaat in Betracht, wenn „reines“ Richtlinienrecht ohne zugrunde liegendes unmittelbar wirkendes Primärrecht nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurde (*vgl.*

103

EuGH 7. August 2018 - C-122/17 - [Smith] Rn. 43 ff.; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 43). Im Streitfall kommt aus Sicht des Senats als subjektives Recht in diesem Sinn nur eine Bestimmung der Charta - ihr Art. 16 -, nicht jedoch die Richtlinie 2000/78/EG in Betracht.

2. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Frage, ob sich ein Einzelner im Rahmen eines ausschließlich zwischen Privaten geführten Rechtsstreits auf Art. 16 der Charta berufen kann, - soweit ersichtlich - bislang ungeklärt. Es liegt zwar Rechtsprechung des Gerichtshofs zu dem identisch formulierten Vorbehalt in Art. 27 der Charta vor. Der Senat kann ohne Vorabentscheidungsersuchen jedoch nicht beurteilen, ob die zu Art. 27 der Charta ergangene Rechtsprechung auf die durch Art. 16 der Charta geschützte unternehmerische Freiheit übertragen werden kann. 104
3. Diese Frage ist für die Entscheidung über die Revision im Streitfall erheblich. 105
- a) Gelangt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 der Charta bei der Abwägung mit der Religionsfreiheit im Zusammenhang mit Bekundungsverboten in einem Unternehmen stets der Vorrang zukommt, scheidet eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 106 Satz 1 GewO unter Einbeziehung von Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG aus Sicht des Senats aus. 106
- b) Der Senat selbst versteht das Unionsrecht dahin, dass Art. 16 der Charta und der Anwendungsvorrang des Unionsrechts einer Einbeziehung nationaler Rechte von Verfassungsrang in die Prüfung einer - wie hier - streitigen Weisung nicht entgegenstehen. 107
- aa) Der Gerichtshof hat sich in der Entscheidung *Association de médiation sociale* mit Art. 27 der Charta auseinandergesetzt. Danach ist das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen in den Fällen und unter den Voraussetzungen, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten 108

vorgesehen sind, zu gewährleisten. Nach Auffassung des Gerichtshofs ergibt sich aus dem Wortlaut klar, dass Art. 27 der Charta durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden muss. Aufgrund von Art. 27 der Charta als solchem ist eine nationale Regelung, die mit einer Richtlinie nicht konform ist, nicht unangewendet zu lassen (*EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 - [Association de médiation sociale] Rn. 44 ff.*).

bb) Aus Sicht des Senats können diese Erwägungen auf Art. 16 der Charta und die Richtlinie 2000/78/EG übertragen werden. 109

(1) Ebenso wie Art. 27 der Charta das Recht auf Unterrichtung und Anhörung nur nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet, steht auch der durch Art. 16 der Charta vermittelte Schutz der unternehmerischen Freiheit unter einem solchen Vorbehalt. 110

(2) Sollte der Gerichtshof dieser Auffassung zustimmen, könnte sich die privatrechtlich organisierte Beklagte auch nicht auf die zu der Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG im Zusammenhang mit Art. 16 der Charta ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs berufen (*vgl. EuGH 14. März 2017 - C-157/15 - [G4S Secure Solutions] Rn. 37 ff.; 14. März 2017 - C-188/15 - [Bougnaoui und ADDH] Rn. 33*). In diesem Fall verleihe Art. 16 der Charta dem Einzelnen allein kein subjektives Recht gegenüber Privaten. Bei einer Zusammenschau von Art. 16 der Charta und der Richtlinie 2000/78/EG könnte aus Sicht des Senats nichts anderes gelten (*vgl. für Art. 27 der Charta EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 - [Association de médiation sociale] Rn. 49*). 111

(3) Nach Auffassung des Senats kann in diesem Fall die durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützte Glaubens- und Bekenntnisfreiheit in dem durch die nationale Rechtsprechung gefundenen Verständnis berücksichtigt werden. Da der unternehmerischen Freiheit im Verhältnis zu der Religionsfreiheit der Klägerin im Rahmen der durchzuführenden Abwägung das geringere Gewicht zukommt, wäre die der Klägerin erteilte Weisung unwirksam. 112

- c) Die Entscheidung über die Revision hängt deshalb davon ab, wie der Gerichtshof die Frage beantwortet. Sollte er zu dem Ergebnis kommen, dass Art. 16 der Charta die Anwendung nationaler Grundrechte nicht ausschließt, bliebe die Revision aus den dargelegten Gründen erfolglos. Stünde Art. 16 der Charta einer Berücksichtigung nationaler Grundrechte jedoch entgegen, wäre die Revision in Form einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht begründet. Nach Feststellung der weiteren Tatsachen durch die Tatsacheninstanz müsste dann eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG erwogen werden. 113
- G. Die Entscheidung über die Aussetzung des Rechtsstreits beruht auf § 148 ZPO analog. 114

Gallner

Brune

Pessinger

Uhamou

Schurkus