

JAS

Chefredaktion

Matthias Neumayr
Wien, Salzburg

Gert-Peter Reissner
Innsbruck

Reinhard Resch
Linz

ISSN 2520-4238

Journal für Arbeitsrecht und Sozialrecht

Beiträge

Florian G. Burger

Die strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG 233

Andrea Potz

Die Gretchenfrage an Unternehmen: Wie hast du's mit religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken am Arbeitsplatz? 257

Helmut Ivansits

Zur Abgrenzung der Krankenbehandlungen von Maßnahmen medizinischer Rehabilitation 270

Barbara Födermayr

Grundsatz der abstrakten Prüfung der Voraussetzungen für die Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit 285

Entscheidungsbesprechungen

Nora Melzer-Azodanloo

Einrichtung eines kollektivvertragsfähigen AG-Verbands – ist trotzdem weiterhin Mindestlohntariffestsetzung zulässig? 294

Felix Wallner

Kostenerstattungsanspruch bei Inanspruchnahme eines angestellten Arztes als Wahlarzt 305

Impressum U2

1. Jahrgang 2017 Nr. 3

Andrea Potz

Die Gretchenfrage an Unternehmen: Wie hast du's mit religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken am Arbeitsplatz?

Der EuGH hat sich in zwei aktuellen Entscheidungen erstmals mit der Frage des Tragens von religiösen Kleidungsstücken am Arbeitsplatz auseinandergesetzt.¹⁾ In der Rs *Achbita* kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität als Ausdruck der grundrechtlich gesicherten unternehmerischen Freiheit ein legitimes Ziel sein kann, das eine Ungleichbehandlung aufgrund der Religion rechtfertigen kann. Gleichzeitig stellt der EuGH in der Rs *Bougnaoui* dagegen klar, dass Ungleichbehandlungen durch AG in Umsetzung diskriminierender Kundenwünsche nicht legitim sind.

- I. Einleitung
- II. Unternehmerische Freiheit vs Persönlichkeitsschutz
 - A. Vorliegen eines legitimen Ziels
 - B. Das Motiv für die Unternehmenspolitik
 - C. Rechtfertigung mittels Kundenwünschen?
 - D. Berücksichtigung der Rahmenumstände im Einzelfall
 - E. Unternehmenspolitik als Selbstzweck?
 - F. Abgrenzung von Art 2 Abs 2 lit b zu Art 4 RL 2000/78/EG
 - G. Kohärente Umsetzung im Unternehmen?
- III. Österreichische Rechtsprechung

I. Einleitung

Sowohl in der Rs *Achbita*²⁾ als auch in der Rs *Bougnaoui*³⁾ haben die betroffenen AN eine Tätigkeit mit Kundenkontakt ausgeübt und wurde beiden vom jeweiligen AG untersagt, ein islamisches Kopftuch zu tragen. Aufgrund der Weigerung, das Kopftuch abzulegen, wurden deren Arbeitsverhältnisse vom AG beendet. Im Detail gibt es aber nicht zu vernachlässigende Unterschiede in den beiden Sachverhalten:

Die Muslimin Frau *Achbita* war seit 2003 als Rezeptionistin bei G4S tätig, einem privaten Unternehmen, das für Kunden aus dem öffentlichen und privaten Sektor ua Rezeptions- und Empfangsdienste erbringt. Bei G4S galt zu dieser Zeit eine ungeschriebene Regel, wonach AN am Arbeitsplatz keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen tragen durften. Ebenso war jeglicher damit in Zusammenhang stehender

MMag. Dr. *Andrea Potz* ist Rechtsanwältin bei CMS Reich-Rohrwig Hainz, Wien.

¹⁾ Dies hat in kurzer Zeit einen entsprechenden Niederschlag in der Lit gefunden. In dieser Zeitschrift haben bereits *Herbert Kalb* und *Doris Wakolbinger* die Entscheidungen kommentiert, wobei sie ihr Schwergewicht auf die Schlussanträge der Generalanwältinnen gelegt haben: Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 154ff.

²⁾ EuGH 14. 3. 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.

³⁾ EuGH 14. 3. 2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204.

Ritus am Arbeitsplatz verboten. Im April 2006 kündigte die AN ihren Vorgesetzten an, dass sie beabsichtige, künftig während der Arbeitszeit das islamische Kopftuch zu tragen. Dies wurde ihr mit Hinweis auf die allgemeine Unternehmensregel untersagt. Mit Zustimmung des BR wurde die bisher ungeschriebene Regel in die innerbetriebliche Arbeitsordnung aufgenommen. In weiterer Folge wurde die AN aufgrund ihrer festen Absicht, als Muslimin am Arbeitsplatz das islamische Kopftuch zu tragen, entlassen.

In der Rs *Bougnaoui* wurde die AN bereits vor ihrer Anstellung durch das private Unternehmen Micropole darauf hingewiesen, dass das Tragen des islamischen Kopftuchs Probleme bereiten könnte, wenn sie mit den Kunden dieses Unternehmens in Kontakt trete. Sowohl beim Bewerbungsgespräch als auch schließlich im aufrechten Arbeitsverhältnis als Softwaredesignerin trug die AN am Arbeitsplatz ein islamisches Kopftuch. Nach einer Beschwerde eines Kunden wurde die AN von ihrem AG unter Hinweis auf die Notwendigkeit des Grundsatzes der Neutralität im Verhältnis zu Kunden aufgefordert, kein Kopftuch mehr zu tragen. Die AN weigerte sich das Kopftuch abzunehmen, weshalb sie daraufhin entlassen wurde.

In zwei wichtigen Punkten unterscheiden sich diese Verfahren: Soweit aus den Vorlageverfahren ersichtlich, handelt es sich bei G4S um einen Arbeitskräfteüberlasser, Micropole ist dagegen ein auf IT-Beratungen spezialisiertes Unternehmen. Neben dem unterschiedlichen Unternehmenszweck ist ebenso beachtlich, dass Frau *Bougnaoui* bereits mit Kopfbedeckung ihre Anstellung angetreten ist und ihre Tätigkeit im Gegensatz zu Frau *Achbita*, die bloß angekündigt hat, fortan ein Kopftuch tragen zu wollen, bereits mehrere Jahre mit Kopfbedeckung ausgeübt hat.

Beide Entscheidungen haben vor dem Hintergrund des aktuellen politischen Diskurses nicht nur viel Aufmerksamkeit im wissenschaftlichen Schrifttum, sondern auch große mediale Resonanz gefunden.⁴⁾ Aus diesen Urteilen ist zum einen abzuleiten, dass das Tragen eines religiös motivierten Kopftuchs verboten werden kann, sofern eine generelle Regelung im Unternehmen das Tragen von sichtbaren religiösen, weltanschaulichen, politischen oder philosophischen Zeichen im Kundenkontakt untersagt. Diskriminierende Kundenwünsche stellen zum anderen kein tragbares Argument für ein derartiges Verbot dar.

Bei genauer Betrachtung werfen diese Entscheidungen eine Reihe von Fragen auf, da sie sowohl zur bisherigen Rsp des EuGH zur Bedeutung von unternehmerischen Interessen als auch zueinander in einem gewissen Spannungsverhältnis stehen. Im Fokus stehen dabei die vom EuGH getroffenen grundrechtlichen Überlegungen, die in einer dem Antidiskriminierungsrecht bislang unbekannten Weise die unternehmerische Freiheit nach Art 16 GRC betonen. Auf die Abgrenzung des Diskriminierungsmerkmals „Religion oder Weltanschauung“ wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen, da – abgesehen von der diskriminierungsrechtlichen Gleichbehandlung der beiden Merkmale – in beiden Verfahren das Tragen des Kopftuchs de-

⁴⁾ Bspw Die Presse 14. 3. 2017, „EuGH erlaubt Kopftuchverbot am Arbeitsplatz“, <http://diepresse.com/home/ausland/eu/5183153/EuGH-erlaubt-Kopftuchverbot-am-Arbeitsplatz>; Der Standard 24. 3. 2017, „Europäischer Gerichtshof: Kopftuchverbot am Arbeitsplatz in gewissen Fällen zulässig“, <http://derstandard.at/2000054122180/Kopftuchverbot-am-Arbeitsplatz-unter-gewissen-Umstaenden-zulaessig>; Kurier 14. 3. 2017, „Das ewige Kreuz mit dem Kopftuch“, <https://kurier.at/politik/ausland/eugh-fuer-verbot-das-ewige-kreuz-mit-dem-kopftuch/251.916.607>; Spiegel Online 14. 3. 2017, „Ein Kopftuchverbot am Arbeitsplatz kann zulässig sein“, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-03/eugh-kopftuch-verbot-arbeitsplatz-urteil>; FAZ 14. 3. 2017, „Arbeitgeber können Tragen eines Kopftuchs verbieten“, www.faz.net/aktuell/wirtschaft/europaeischer-gerichtshof-arbeitgeber-koennen-tragen-eines-kopftuchs-verbieten-14923896.html; jeweils abgerufen am 17. 4. 2017.

klariert religiös motiviert war.⁵⁾ Abschließend ist die Einordnung dieser Urteile in die Rsp des OGH zu beleuchten, der bereits im Vorjahr zum Thema Kopftuch am Arbeitsplatz Stellung bezogen hat.⁶⁾

II. Unternehmerische Freiheit vs Persönlichkeitsschutz

In der Rs *Achbita* führt der EuGH aus, dass der Wille eines Unternehmens, im Verhältnis zu Kunden politische, philosophische und religiöse Neutralität zum Ausdruck zu bringen, ein legitimes Ziel darstellt, das eine mittelbare Diskriminierung rechtfertigen kann. Der EuGH verweist explizit darauf, dass dieser Wunsch nach einer Unternehmenspolitik der Neutralität Ausdruck der unternehmerischen Freiheit ist, die in Art 16 GRC anerkannt ist. In dieser Deutlichkeit hat der EuGH bislang unternehmerische bzw wirtschaftliche Interessen noch nicht als möglichen Rechtfertigungsgrund einer Benachteiligung im Arbeitsverhältnis hervorgehoben.

A. Vorliegen eines legitimen Ziels

Der EuGH hat zu apodiktisch das Vorliegen eines legitimen Ziels angenommen. Das Urteil suggeriert eine einfache Ausflucht aus dem religiös konnotierten Bekleidungsthema: Ein Unternehmen müsse sich einfach einer Neutralitätspolitik verschreiben. Das konkrete unternehmerische Interesse ist in der Rs *Achbita* mE aber zu konturlos geblieben, um als Rechtfertigung herangezogen zu werden.⁷⁾ Bevor auf die damit verbundenen rechtlichen Probleme näher eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass mit dem Schlagwort der „Neutralität“ auf der Ebene eines privaten Unternehmens Begriffe fallen, die man sonst nur aus dem Verfassungsrecht kennt. Das verfassungsrechtliche Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staats wird plötzlich auf einen privaten AG heruntergebrochen, was eine bemerkenswerte Entwicklung darstellt.⁸⁾

Unstrittig umfasst die unternehmerische Freiheit die Gewährleistung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, die auch das Recht eines Unternehmens miteinschließt, in den Grenzen der Verantwortlichkeit für die eigenen Handlungen frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können.⁹⁾ Die Festlegung einer bestimmten Unternehmenspolitik im Auftritt gegenüber Kunden ist unproblematisch dem Schutzbereich dieses Grundrechts zuzuordnen. Aus diesem Grund liegt nach Ansicht des EuGH ein grundsätzlich legitimes Ziel vor. In der bisherigen Rsp war der EuGH im Zusammenhang mit diskriminierenden Regelungen bei der Gewichtung wirtschaftlicher Gründe dagegen deutlich zurückhaltender. Der EuGH hat objektive wirtschaftliche Gründe verlangt, die einem „wirklichen Be-

⁵⁾ Dazu näher *Mazal*, Religion und Weltanschauung – Zur Auslegung eines Tatbestands im GIBG, ZAS 2017, 140 ff.

⁶⁾ OGH 25. 5. 2016, 9 ObA 117/15 v ecolex 2016, 809 (*Dullinger*) = ARD 6507/4/2016 (*Körber-Risak/Schnabl*) = DRdA 2017, 50 (*Rebhahn*) = ZAS 2017, 38 (*Marhold*).

⁷⁾ *Kalb/Wakolbinger* (Das Kopftuch am Arbeitsplatz im Lichte der EuGH-Judikatur, JAS 2017, 166) sehen dies ebenfalls kritisch, da ihrer Ansicht nach der EuGH das Hauptgewicht auf AG-Interessen lege und damit der *effet utile* des Antidiskriminierungsrechts in gravierender Weise verkürzt werde.

⁸⁾ Als Beispiel ist das BFI Steiermark zu nennen, das als Reaktion auf die beiden EuGH-Urteile Symbole aller Religionen – also etwa auch das Tragen einer Nonnentracht oder einer Kippa – aus dem BFI verboten hat, „um die Neutralität zu gewährleisten“. Konkret betroffen war eine Muslimin, der man mittels Dienstanweisung das Tragen des Kopftuchs untersagt hat. Derzeit wird ein Rechtsgutachten eingeholt, ob dieses Vorgehen rechtmäßig ist.

⁹⁾ EuGH 27. 3. 2014, C-314/12, *UPC*, ECLI:EU:C:2014:192, Rz 49.

dürfnis“ des Unternehmens dienen müssen.¹⁰⁾ Der EuGH rekurriert nun kurz auf die Rsp des EGMR, wonach bei Verfolgung eines solchen Ziels auch innerhalb bestimmter Grenzen eine Beschränkung der Religionsfreiheit erlaubt sei.¹¹⁾ Verblüffend ist, auf welches EGMR-Urteil der EuGH zur Stützung seiner Argumentation Bezug nimmt. Der Fall *Eweida*¹²⁾ betraf eine AN der British Airways, die am Check-in-Schalter arbeitete und ein kleines Kreuz sichtbar an einer Halskette über der Uniform tragen wollte. Die Bekleidungsvorschriften des Unternehmens sahen aber vor, dass derartiger Schmuck unter der Uniform zu verbergen ist, womit ein einheitliches Erscheinungsbild des Unternehmens gegenüber den Kunden sichergestellt werden sollte. Gleichzeitig hat das Unternehmen das Tragen von Turbanen und Kopftüchern gestattet, sofern die Kopfbedeckung farblich mit der Uniform abgestimmt war. Im Ergebnis hat der EGMR in dem Verbot des Tragens der Halskette über der Uniform einen unverhältnismäßigen Eingriff und eine Verletzung der Religionsfreiheit judiziert. Die vom EuGH im Verweis genannte Passage lautet wie folgt:

„On one side of the scales was Ms Eweida’s desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer’s wish to project a certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight. Ms Eweida’s cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any negative impact on British Airways’ brand or image.“

Diese EGMR-Rsp scheint nicht geeignet zu sein, die Argumentation des EuGH in der Rs *Achbita* zu stützen. Es besteht nämlich ein qualitativer Unterschied zwischen dem Wunsch eines Unternehmens nach einem einheitlichen Erscheinungsbild als Ausdruck des *corporate image* oder *branding* (Urteil *Eweida*) einerseits und dem Wunsch eines Unternehmens nach politischer, philosophischer und religiöser Neutralität (Urteil *Achbita*) andererseits. Dies zeigt sich gut am Beispiel von Fluglinien, bei denen Uniformen und sehr detaillierte Bekleidungsvorschriften branchenüblich sind. Die Bekleidungsvorschriften der British Airways dienten dazu, ein einheitliches „gebrandetes“ Auftreten der AN nach außen zu erreichen. Dass es sich dabei um ein legitimes (wirtschaftliches) Interesse handelt, ist mE unstrittig. Es war dagegen gerade nicht der Wunsch der British Airways, den Kunden gegenüber eine Unternehmenspolitik der religiösen oder weltanschaulichen Neutralität zu vermitteln! Unternehmen können natürlich aus dem Verfolgen eines bestimmten *corporate image* und *branding*-Vorgaben für die AN ableiten, die auch die Bekleidung betreffen, wie etwa Uniformen, Farbwahl der Kleidung, Tragen der eigenen Produkte etc. Das dient in aller Regel dem Wiedererkennungswert und fördert auch die Schaffung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Kundschaft und Unternehmen, die ebenfalls berechnete wirtschaftliche Interessen darstellen. Diese Aspekte lassen sich aus dem Sachverhalt in der Rs *Achbita* aber nicht ableiten, wo es gewissermaßen um „Überzeugungsneutralität“ geht. Unzweifelhaft tangieren Bekleidungsvorschriften und gerade Uniformen das äußere Erscheinungsbild von AN und müssen als Eingriff in die Persönlichkeits-

¹⁰⁾ EuGH 13. 5. 1986, C-170/84, *Bilka*, ECLI:EU:C:1986:204, Rz 36 f; siehe ferner *Schinkele*, Der „Streit“ um das islamische Kopftuch vor dem EuGH, *ecolex* 2017, 739.

¹¹⁾ Urteil Rs *Achbita*, Rz 39.

¹²⁾ EGMR 15. 1. 2013, 48420/10 ua, *Eweida ua gegen Vereinigtes Königreich*.

sphäre der AN den grundrechtlichen Wertungen im Sinne von Art 8 EMRK standhalten. Aus derartigen Vorschriften kann aber nicht zwingend abgeleitet werden, dass damit auch eine Unternehmenspolitik der Neutralität verfolgt wird. Dies veranschaulicht der Fall *Eweida*, da British Airways zwar das Tragen von Uniformen vorschreibt, in diese aber das Tragen von Kopftuch, Turban oder eben einer Kette mit Kreuz integriert werden können. Das Vorschreiben einer Uniform bzw eines einheitlichen Auftretens nach außen kann daher nicht automatisch als Ausdruck einer Unternehmenspolitik der Neutralität gesehen werden.

Die Unternehmenspolitik der Neutralität in der Rs *Achbita* geht in ihrer Eingriffsintensität gegenüber den AN daher sicherlich weiter als der im Verfahren *Eweida* thematisierte Wunsch nach einem einheitlichen Erscheinungsbild nach außen. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der EuGH hier weiter differenziert hätte. Denn letztlich ist das Urteil so formuliert, als ob (in einem Rechtsstreit zwischen Privaten) die grundrechtlich geschützte „Überzeugung“ eines Unternehmens vor der grundrechtlich geschützten „Überzeugung“ von AN steht.

B. Das Motiv für die Unternehmenspolitik

Auch die Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität ist am Antidiskriminierungsrecht und mittelbar an den Grundrechten zu messen, was vom EuGH mE zu wenig beachtet wurde. Dies konnte aber in den weiteren Prüfschritten der Rechtfertigung, also der Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung, wieder eingeholt werden. Dies zeigt sich auch an den einschränkenden Ausführungen des EuGH, der betont, dass eine solche Politik im Unternehmen in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden muss und die Erforderlichkeit dann jedenfalls gegeben ist, wenn sich das Verbot nur an AN mit Kundenkontakt richtet. Die vom EuGH weit gezogene Legitimationsbasis erfährt dadurch wieder beträchtliche Einschränkungen.

Die Entscheidung des Unternehmens, eine Neutralitätspolitik zu verfolgen, muss dem Antidiskriminierungsrecht standhalten. Es ist daher das Motiv für diese Politik zu hinterfragen. Sofern die Neutralitätspolitik nur ein Deckmantel für die Benachteiligung etwa von Muslimen ist,¹³⁾ liegt jedenfalls eine unzulässige – eventuell bereits unmittelbare – Diskriminierung vor.¹⁴⁾ Es sind daher die Rahmenumstände dieser Politik zu beleuchten und insbesondere der Unternehmenszweck sowie die Umstände der Einführung einer solchen Neutralitätspolitik. Aber auch die Ausgestaltung des Verbots ist relevant. In der Rs *Achbita* wurden neben religiösen auch sichtbare politische und philosophische Zeichen angesprochen. Geht man davon aus, dass politische Zeichen nicht oder zumindest nicht gänzlich unter das unionsrechtlich geschützte Diskriminierungsmerkmal der „Religion oder Weltanschauung“ fallen,¹⁵⁾

¹³⁾ In diesem Kontext ist auf das Thema der intersektionellen Diskriminierung als eine Form der Mehrfachdiskriminierung zu verweisen. Darunter versteht man eine Diskriminierung, die sich gerade aus dem Zusammenwirken zweier oder mehrerer Diskriminierungsmerkmale ergibt wie bspw eine kopftuchtragende Muslimin (Diskriminierungsmerkmal Geschlecht und Religion). Ausführlich dazu *Holzleithner*, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance, Gutachten für die Gleichbehandlungskommission vom 21. 10. 2015, 35 ff und 48 ff, www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/Doc-View.axd?CobId=61160 (Stand 21. 10. 2015).

¹⁴⁾ So auch GA *Kokott* (Schlussanträge Rs *Achbita*, ECLI:EU:C:2016:382, Rz 55): „Anders wäre es zwar sicherlich, wenn sich erweisen sollte, dass ein Verbot wie das hier streitige auf Stereotypen oder Vorurteilen gegenüber einer oder mehreren bestimmten Religionen – oder auch nur gegenüber religiösen Überzeugungen im Allgemeinen – beruht. Dann wäre ohne jeden Zweifel von einer unmittelbaren Diskriminierung wegen der Religion auszugehen.“

¹⁵⁾ Den Materialien zum GLBG zufolge sind auch politische Weltanschauungen erfasst: „Der Begriff ‚Weltanschauung‘ ist eng mit dem Begriff ‚Religion‘ verbunden. Er dient als Sammelbezeichnung

dann lässt sich zutreffend das Vorliegen einer bloß mittelbaren Diskriminierung argumentieren. Die Bekleidungs Vorschrift wäre dann so zu verstehen, dass auch außerhalb des Schutzbereichs der RL 2000/78/EG sämtliche sichtbaren Zeichen von Überzeugungen im weitesten Sinn untersagt waren. Anders zu beurteilen ist mE aber ein allgemeines Verbot ausschließlich religiöser und weltanschaulicher Zeichen (und Kleidungsstücke). Es wäre kurzfristig zu denken, dass eine solche Neutralitätsregel keine Diskriminierungsprobleme aufwerfen könne, weil sie ja schließlich neutral sei und für alle gelte. In diesem Fall wird schließlich unmittelbar an das Diskriminierungsmerkmal angeknüpft, daher kann nicht von einer neutralen Regelung gesprochen werden.¹⁶⁾ Neutral ist die Regelung nur insofern, als sie nicht zwischen einzelnen Religionen und Weltanschauungen differenziert. Es wird aber zwischen jenen Personen, die ihre Religion oder Weltanschauung zum Ausdruck bringen, und allen anderen AN unterschieden. Darin liegt die Benachteiligung gegenüber Vergleichspersonen, die von dem Verbot bei der Arbeitskleidung nicht betroffen sind.¹⁷⁾ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass nicht alle AN, die sich zu einer Religion oder Weltanschauung bekennen, diese Überzeugung auch nach außen tragen wollen und daher eventuell nur einen kleiner Teil der AN „mit“ Religion oder Weltanschauung betroffen ist.¹⁸⁾

Aus dem Antidiskriminierungsrecht kann zwar kein unmittelbarer Rechtsanspruch auf Religionsausübung am Arbeitsplatz abgeleitet werden, aber sehr wohl ein Rechtsanspruch darauf, dass betriebliche Vorschriften nicht unsachlich nach der Religion oder Weltanschauung differenzieren. Auch aus diesem Grund ist mE das Antidiskriminierungsrecht nicht als Basis für eine solche Neutralitätsregel geeignet, da diese Regel nur vermeintlich gleichbehandlungsfördernd wirkt. Bei genauer Betrachtung werden durch diese Neutralitätspolitik mit den Diskriminierungsmerkmalen in einem untrennbaren Zusammenhang stehende „Unterschiede“ ausgeblendet, weshalb die Frage nach einer Unterscheidung aufgrund dieser Diskriminierungsmerkmale gar nicht mehr virulent werden kann. Eine solche Neutralitätspolitik geht an dem integrativ-inkludierenden Wesen des Antidiskriminierungsrechts im Bereich der Arbeitsverhältnisse grundsätzlich vorbei.¹⁹⁾

für alle religiösen, ideologischen, politischen, uä Leitauffassungen vom Leben und von der Welt als einem Sinngehalt sowie zur Deutung des persönlichen und gemeinschaftlichen Standortes für das individuelle Lebensverständnis. Im hier verwendeten Zusammenhang sind mit ‚Weltanschauung‘, religiöse Weltanschauungen gemeint, da religiöse Weltanschauungen mit dem Begriff ‚Religion‘ abgedeckt werden. Weltanschauungen sind keine wissenschaftliche Systeme, sondern Deutungsansfassungen in der Form persönlicher Überzeugungen von der Grundstruktur, Modalität und Funktion des Weltganzen“ (RV 307 BlgNR 22. GP 15).

¹⁶⁾ Auch *Kalb/Wakolbinger* (JAS 2017, 160 f) kritisieren die Argumentation der Generalanwältin und des EuGH, wonach das betriebliche Neutralitätsgebot keine unmittelbare Diskriminierung darstellen könne.

¹⁷⁾ In diesem Kontext ist auf eine „entfernte“ Ähnlichkeit zur Diskriminierung von Schwangeren zu verweisen (EuGH 8. 11. 1990, C-177/88, *Dekker*, ECLI:EU:C:1990:383). Wenn eine Frau wegen Schwangerschaft benachteiligt wird, stellt es eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Die Schwangerschaft kann nur Frauen treffen, aber nicht alle Frauen sind davon betroffen.

¹⁸⁾ *Schrader/Schubert* in *Däubler/Bertzbach* (Hrsg), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz² (2008) § 3 Rz 31.

¹⁹⁾ Hier besteht eine gewisse Analogie zur religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staats. Der ehemalige Sonderberichterstatter für Religions- und Weltanschauungsfreiheit des UN-Menschenrechtsrats, *Heiner Bielefeldt*, wies in einem Interview („Das ganze Interview“, ausgestrahlt am 25. 5. 2017, 17.40, in ORF III), darauf hin, dass die staatliche Neutralität nicht dazu diene, „Vielfalt rauszubringen“, sondern „im Dienst an der Religionsfreiheit“ Vielfalt abzusichern. *Bielefeldt* äußerte sich in dem Interview

Die Schwierigkeiten in der Abgrenzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung²⁰⁾ in diesen EuGH-Fällen verdeutlichen des Weiteren auch wieder das Dilemma des vielschichtigen Diskriminierungsmerkmals Religion und Weltanschauung.²¹⁾ Die religiöse Überzeugung eines Menschen stellt eines der wesentlichsten Elemente seiner Persönlichkeit dar.²²⁾ Aber gerade weil das Diskriminierungsmerkmal Religion und Weltanschauung auf einer persönlichen Entscheidung beruht, die sich eventuell auch wieder ändern kann, besteht aus grundrechtlicher Sicht eine besondere Sensibilität gegenüber unzulässiger Beeinflussung.²³⁾

C. Rechtfertigung mittels Kundenwünschen?

Der Wunsch nach einem einheitlichen Erscheinungsbild nach außen kann – wie auch im Urteil *Eweida* grundsätzlich festgehalten wurde – durchaus einen legitimen Grund für eine „Benachteiligung“ aufgrund der Religion und Weltanschauung darstellen. Eine umfassende Neutralitätspolitik in einem Unternehmen wie in der Rs *Achbita* kann mit diesem Wunsch aber nicht abschließend gerechtfertigt werden. Man gerät hier schnell in einen Argumentationsnotstand. Eine naheliegende Rechtfertigung einer solchen Politik wären Kundenwünsche und Kundenerwartungen. Folgt man dem Aussagen des EuGH in der Rs *Bougnaoui*, dürfen diskriminierende Kundenwünsche aber nicht als Grund für das Verbot des Tragens eines Kopftuchs herangezogen werden. Zu diesem Spannungsverhältnis hatte schon die Generalanwältin (GA) Kokott Stellung bezogen: *„Zwar kann und muss ein Unternehmen bei seinem Geschäftsgebaren naturgemäß ganz maßgeblich auf die Vorlieben und Wünsche seiner Geschäftspartner, insbesondere seiner Kundschaft, Rücksicht nehmen. Ansonsten könnte es nicht auf Dauer auf dem Markt bestehen. Gleichwohl darf das Unternehmen nicht jedweden Forderungen oder Willensbekundungen Dritter blindlings und unreflektiert nachgeben. Wollte etwa ein Kunde, und sei es auch ein wichtiger Kunde, von dem Unternehmen verlangen, dass er nur von dessen Mitarbeitern einer bestimmten Religion, einer bestimmten ethnischen Herkunft, einer bestimmten Hautfarbe, eines bestimmten Geschlechts, eines bestimmten Alters, einer bestimmten sexuellen Ausrichtung oder von Mitarbeitern ohne Behinderung bedient wird, so wäre dies ganz offensichtlich kein legitimes Anliegen [...]“*²⁴⁾ Soweit ist der GA auch vollinhaltlich zuzustimmen. Überraschend ist dann aber doch die Wendung, wenn sie betont, dass das Unternehmen G4S einen vielfältigen Kundenkreis hat und eine stark kundenorientierte Tätigkeit erbringt, die eine flexible Einsetzbarkeit der AN verlangt. Nach ihrer Ansicht dränge sich in einem solchen Fall eine Neutralitätspolitik geradezu auf.²⁵⁾ Mit diesem Argument kann das

überhaupt sehr kritisch gegenüber den beiden EuGH-Entscheidungen und bezeichnete sie wörtlich als „entsetzlich“.

²⁰⁾ *Kalb/Wakolbinger* (JAS 2017, 158) bezeichnen „die Frage, ob eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion vorliegt“, als „Dreh- und Angelpunkt“ in den beiden Rechtssachen und setzen sich damit ausführlich auseinander. Insofern sei auf ihren Beitrag verwiesen, der die Schwierigkeiten der Abgrenzung deutlich macht. So analysiert GA *Sharpston*, die von einer unmittelbaren Diskriminierung in der Rs *Bougnaoui* ausgeht, auch die Möglichkeit, „dass es sich bei der betreffenden Diskriminierung um eine mittelbare Diskriminierung handelt“ (Schlussanträge C-188/15, ECLI:EU:C:2016:553, Rz 109 ff).

²¹⁾ Eine Unternehmenspolitik, die für den Außenauftritt gegenüber Kunden etwa auf das Diskriminierungsmerkmal Alter oder ethnische Herkunft Bezug nimmt, würde dem Antidiskriminierungsrecht nicht standhalten können.

²²⁾ StRsp des EGMR, vgl nur Urteil 15. 1. 2013, 48.420/10 ua (*Eweida ua/Vereinigtes Königreich*), Rz 79 ff.

²³⁾ Vgl *Schinkele*, *ecolx* 2017, 739.

²⁴⁾ Schlussanträge Rs *Achbita*, Rz 90.

²⁵⁾ Schlussanträge Rs *Achbita*, Rz 93 f.

Schutzniveau des Antidiskriminierungsrechts aber eingegeben werden. Es besteht mE kein Spielraum dahingehend, antizipierte Kundenerwartungen als legitimen Grund für eine Unternehmenspolitik der Neutralität heranzuziehen und eine feinsinnige Unterscheidung zu konkret diskriminierenden Kundenwünschen zu ziehen. Richtigerweise können weder antizipierte Kundenerwartungen noch konkret geäußerte Kundenwünsche eine legitime Grundlage für eine solche Politik darstellen.

D. Berücksichtigung der Rahmenumstände im Einzelfall

Ein weiterer Aspekt ist mE nicht unerheblich. Soweit dem Vorlageverfahren zu entnehmen ist, dürfte zumindest ein Teil des Geschäfts von G4S auf Arbeitskräfteüberlassung basieren. Ist dies der Fall – was gerade bei Erbringung von Rezeptionsdienstleistungen für andere Unternehmen durchaus wahrscheinlich ist –, dann gibt es zwei Kundenkreise, nämlich jenen von G4S und jenen der Kunden von G4S. Die Modalitäten des Arbeitseinsatzes beim Beschäftigten (Kunden von G4S) werden in aller Regel aber nicht von der Unternehmenspolitik des Überlassers (G4S) bestimmt. Der Beschäftigte wird vielmehr seine eigenen Regeln (bzgl Arbeitskleidung etc) zugrunde legen. Dies lässt die Notwendigkeit der „absoluten“ Neutralitätspolitik für den Außenaustritt von AN von G4S ebenfalls zweifelhaft erscheinen, da es mit dem Geschäftsmodell der Arbeitskräfteüberlassung nicht unter einen Hut zu bringen ist. In aller Regel werden überlassene Arbeitskräfte den Beschäftigten repräsentieren und nicht den Überlasser. Insoweit werden die Unternehmensregeln von G4S zugunsten jener des Beschäftigten verdrängt. Der Anwendungsbereich für die Unternehmenspolitik von G4S scheint daher eingeschränkt zu sein. Eine weitere Unstimmigkeit in der Argumentation des EuGH ergibt sich aus der Leiharbeits-RL. G4S hat ein Interesse daran, dass AN nach außen hin neutral auftreten, was dem speziellen Unternehmenszweck der Arbeitskräfteüberlassung geschuldet ist. Dieser Neutralitätsidee liegen zweifellos Kundenerwartungen zugrunde, da man davon ausgeht, dass „neutrale“ AN leichter an Beschäftigte „vermittelbar“ sind. Es ist aber zu beachten, dass der Beschäftigte ebenfalls gewisse Schranken zu beachten hat. Art 5 Abs 1 Leiharbeits-RL ordnet nämlich an, dass *„die im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln in Bezug auf [...] die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sämtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung so eingehalten werden, wie sie durch Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Tarifverträge und/oder sonstige Bestimmungen allgemeiner Art festgelegt sind“*. Der Beschäftigte darf daher eine Überlassung aus diskriminierenden Gründen nicht ablehnen bzw beenden. Dies relativiert ebenfalls die Notwendigkeit einer Unternehmenspolitik wie von G4S bei einem Überlasser.

E. Unternehmenspolitik als Selbstzweck?

Kann die unternehmerische Freiheit schlechthin eine solche Unternehmenspolitik rechtfertigen? Die unternehmerische Freiheit gilt nicht „schrankenlos“: Neben der allgemeinen Schrankenklausele des Art 52 Abs 1 GRC sieht Art 16 GRC auch einen Vorbehalt zugunsten des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vor (doppelte Schranken).²⁶⁾ Zu beachten sind auch die ebenfalls grundrechtlich gesicherten Persönlichkeitsrechte der AN. § 1157 Abs 2 ABGB gebietet auch Rücksichtnahme auf die Religion des AN. „Die Gesetzesregel bietet einen positivierten Ansatzpunkt dafür, daß der Dienstgeber die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Dienstnehmers respektieren muß.“²⁷⁾ Auch auf die Intim-

²⁶⁾ Vgl Bezemek in Holoubek/Lienbacher, GRC Art 16 Rz 9.

²⁷⁾ Siehe dazu Krejci in Rummel³ § 1157 ABGB Rz 24.

sphäre und das Privatleben des AN hat der AG gebührend Rücksicht zu nehmen: „Äußeres Auftreten, Kleidung, Haartracht²⁸⁾, außerdienstliches Verhalten gehen den Dienstgeber weitgehend nichts an; nur ausnahmsweise können Besonderheiten der Dienstpflicht u[nd] gravierende Unternehmensinteressen zu Einschränkungen der hier angesprochenen Freiheiten des Dienstnehmers führen.“²⁹⁾ Wenn auch mit dem Eingehen eines Arbeitsverhältnisses unstrittig gewisse Einschränkungen der „persönlichen Freiheit“ als Ausdruck der persönlichen Abhängigkeit verbunden sind, bedürfen daher Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, aber auch im Arbeitsverhältnis eines sachlichen Grundes und müssen verhältnismäßig sein. Das bedeutet aber nichts anderes, als dass auch die Einführung sowie die Umsetzung einer Unternehmenspolitik der Neutralität an den Persönlichkeitsrechten der AN zu messen ist. Dabei muss man mE auch der Religionsausübungsfreiheit gewisse Zugeständnisse machen, die einerseits den grundrechtlichen Wertungen und andererseits dem besonderen Charakter religiöser Verpflichtungen geschuldet sind. Eine Unternehmenspolitik der Neutralität als Selbstzweck wird nicht ausreichen, um derartige Eingriffe in Persönlichkeitsrechte zu rechtfertigen. Dies ist auch nicht zwingend aus dem EuGH-Urteil abzuleiten, da sich der EuGH mit dem speziellen Fall eines Arbeitskräfteüberlassers auseinandergesetzt hat. Es mag diesem Umstand geschuldet sein, dass der EuGH von einem legitimen Zweck ausgegangen ist, da bei einem Überlasser eine Politik der Unternehmensneutralität zumindest auf den ersten Blick einleuchtend erscheint. Einer näheren Prüfung hält diese Unternehmenspolitik aber mE nicht stand.

F. Abgrenzung von Art 2 Abs 2 lit b zu Art 4 RL 2000/78/EG

Die Unternehmenspolitik der Neutralität als legitimes Ziel wirft auch die Frage nach der Abgrenzung zu Art 4 RL 2000/78/EG auf, der zwei spezielle Rechtfertigungsfälle (im Fall der unmittelbaren Diskriminierung) regelt. Art 4 Abs 1 schließt eine Diskriminierung dann aus, wenn eine Ungleichbehandlung nach einem Merkmal erfolgt, das aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. In der Lit³⁰⁾ und bisherigen Rsp wird ein sehr strenges Verständnis dieser Ausnahmebestimmung vertreten und insbesondere darauf hingewiesen, dass ein Berufs- bzw Tätigkeitsbezug vorliegen muss.³¹⁾ Der Gestaltungsspielraum des AG zur Bestimmung der Anforderungen wurde stets eng ausgelegt.³²⁾ Dies wurde durch die Rs *Bouagnaoui*, in der das vorlegende Gericht eine unmittelbare Diskriminierung unterstellt hat, auch insofern bestätigt, als der EuGH klargestellt hat, dass der Wille eines AG, diskriminierenden Kundenwünschen zu entsprechen, nicht als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ angesehen werden kann. Das ist eine diskriminierungsrechtliche Grundregel, weil sonst der Diskriminierungsschutz ins Leere laufen würde.³³⁾ Fraglich ist, ob nicht

²⁸⁾ Hinsichtlich der Haartracht wird man in jüngerer Zeit auch an das Tragen eines „Salafisten-Barts“ zu denken haben, der, vergleichbar dem Kopftuch, für AN im Kundenkontakt ebenfalls Probleme schaffen kann.

²⁹⁾ *Krejci* in *Rummel* § 1157 ABGB Rz 25.

³⁰⁾ Vgl *Windisch-Graetz* in *Rebhahn* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2005) § 20 Rz 2 ff; *Hopf/Mayr/Eichinger*, GLBG: Gleichbehandlung – Antidiskriminierung (2009) § 20 Rz 5.

³¹⁾ Vgl *Brors* in *Däubler/Bertzbach*, AGG² § 8 Rz 10.

³²⁾ EuGH 13. 11. 2014, C-416/13, *Vital Pérez*, ECLI:EU:C:2014:2371, Rz 46 ff, mit Verweis auf EuGH 13. 9. 2011, C-447/09, *Prigge ua*, ECLI:EU:C:2011:573, Rz 72.

³³⁾ Die ablehnende Haltung gegenüber Kundenwünschen hat der EuGH schon in der Rs *Feryn* vertreten (EuGH 10. 7. 2008, C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397), siehe auch *A. Potz*, Öffentliche Äußerungen eines Unternehmers im Lichte des Europäischen Gleichbehandlungsrechts, ZESAR 2008, 495.

die allgemein formulierte Unternehmensausrichtung „Neutralität im Außenauftritt“ als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ betrachtet werden kann. ME ist sie jedoch nicht geeignet, eine konkrete Anforderung für eine bestimmte Tätigkeit darzustellen, sonst könnte man die Detailprüfung des Art 4 Abs 1 der RL aushebeln. Die GA *Kokott* hat demgegenüber in ihren Schlussanträgen die Meinung vertreten, dass das verfahrensgegenständliche Verbot als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ im Sinne von Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG angesehen werden kann.³⁴⁾ Ihr ist nur insoweit zuzustimmen, als die Frage, ob und welche konkreten beruflichen Anforderungen angesichts der Art der jeweiligen Tätigkeit sowie der Bedingungen ihrer Ausübung als wesentlich und entscheidend angesehen werden können, nach objektiven Gesichtspunkten mit Rücksicht auf alle relevanten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen sind und dem AG ein unternehmerischer Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist.³⁵⁾ Es ist mE aber zu weitgehend, dem AG über den Umweg einer generellen Unternehmenspolitik letztlich allein die Entscheidung darüber zu überlassen, was eine „wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderung ist. Der EuGH hat diesen Aspekt jedoch nicht aufgegriffen und sich auf die Prüfung der mittelbaren Diskriminierung beschränkt.

Das Spannungsverhältnis zur zweiten Ausnahmebestimmung ist noch offensichtlicher. Diese betrifft kirchliche AG und andere öffentliche oder private Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht (Art 4 Abs 2 der RL). Eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung stellt dann keine Diskriminierung dar, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.³⁶⁾ In anderen Worten nimmt diese Ausnahmebestimmung explizit auf ein „Unternehmensethos“ Rücksicht. Ungeachtet der gerade im deutschsprachigen Raum bestehenden Rsp, diesen Tendenzschutz sehr weit auszulegen und gegebenenfalls die Lebensführung (Geschiedene und Wiederverheiratete, Homosexuelle) miteinzubeziehen, könnte im Fall des islamischen Kopftuchs Art 2 Abs 2 lit b (i) der RL eine weitergehende Rechtfertigungsmöglichkeit bieten als Art 4 Abs 2. Die Konsequenz wäre dann in diesem Fall das eigenartige Ergebnis, dass eine Unternehmenspolitik der Neutralität, welche für konfessionelle Betriebe grundsätzlich gerade nicht in Betracht kommt, Benachteiligungen leichter zu rechtfertigen erlaubt als ein auf Religion oder Weltanschauung beruhendes Unternehmensethos.

Im Ergebnis spricht auch die Abgrenzung zu diesen beiden eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen dafür, dass Unternehmensneutralität als Selbstzweck nicht ausreicht, ein legitimes Ziel im Sinne des Art 2 Abs 2 lit b (i) RL 2000/78/EG zu begründen. Es müssen vielmehr substantielle wirtschaftliche Gründe dahinterstehen, die aus der Rs *Achbita* aber so nicht ableitbar sind.

³⁴⁾ Schlussanträge Rs *Achbita*, Rz 128.

³⁵⁾ Schlussanträge Rs *Achbita*, Rz 80 f.

³⁶⁾ Zur Auslegung von Art 4 Abs 2 der RL ist derzeit ein Verfahren vor dem EuGH anhängig (Rs *Egenberger*, C-414/16). Das BAG hat gefragt, ob ein AG wie der Beklagte des vorliegenden Falls (Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.) – bzw die Kirche für ihn – verbindlich selbst bestimmen kann, ob eine bestimmte Religion eines Bewerbers nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts seines/ihrer Ethos darstellt, und falls diese Frage verneint wird, welche Anforderungen an die Art der Tätigkeit oder die Umstände ihrer Ausübung als wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderungen angesichts des Ethos der Organisation zu stellen sind.

G. Kohärente Umsetzung im Unternehmen?

Auch die vom EuGH durchgeführte Angemessenheits- und Erforderlichkeitsprüfung wirft Fragen auf. Angemessenheit erfordere eine tatsächlich kohärente und systematische Verfolgung dieser Politik im Unternehmen. Offengelassen hat der EuGH aber, was unter einer kohärenten Umsetzung der Unternehmenspolitik zu verstehen ist. Kohärent ist es wohl nicht, wenn man die Befolgung dieser Politik von den AN jahrelang nicht einfordert, dann aber aus ihr Konsequenzen zieht. Selbst wenn es in der Rs *Boungaoui* daher eine mit der Rs *Achbita* vergleichbare Unternehmenspolitik gegeben hat, wird der AG wohl an der fehlenden kohärenten Umsetzung scheitern. Es darf sich kein Ausnahmesystem im Unternehmen etablieren, welches die Neutralitätspolitik durchlöchert. Fraglich ist zudem, ob dies nicht bereits dann der Fall ist, wenn AN ohne Kundenkontakt³⁷⁾ von diesem Verbot nicht erfasst sind – was aber in der Rs *Boungnanoui* als Gradmesser in der Verhältnismäßigkeitsprüfung herangezogen wurde.³⁸⁾ Ferner dürfte losgelöst von der Kleidung auch das Thema Arbeitsplatzgestaltung nicht außer Acht gelassen werden. Verlangt eine konsequente Umsetzung, dass auch sämtliche politischen, philosophischen oder religiösen Symbole am Arbeitsplatz – zumindest dort, wo Kundenkontakt besteht – zu entfernen sind? Es kommt zwar in der Praxis vor, dass am Arbeitsplatz keine persönlichen Gegenstände sichtbar angebracht werden dürfen. Neu ist aber, den Grund dafür in einer Politik der Unternehmensneutralität zu finden. In welchem Verhältnis steht so eine Politik zum Unternehmenszweck? Bei Handelsunternehmen, die entsprechende Symbole und Kleidungsstücke in ihrem Produktsortiment haben, wird man die neutrale Unternehmenspolitik nicht so einfach umsetzen können. Wie verhält es sich, wenn Berührungen mit religiösem „Brauchtum“ bzw wirtschaftlichen Interessen auftreten? Besteht eine kohärente Unternehmenspolitik einer religiös-weltanschaulichen Neutralität, wenn das Unternehmen, auch für Kunden sichtbar, Weihnachtsdekorationen anbringt, oder sind diese zu diesem Zweck aus kommerziellen Gründen ihrer religiösen Bedeutung total entkleidet?

Diese Beispiele wollen nur veranschaulichen, dass eine Politik der religiösen, politischen und philosophischen Neutralität des Unternehmens – konsequent zu Ende gedacht – Auswirkungen haben kann, die weit über Kopftücher und Kreuze hinausgehen.

III. Österreichische Rechtsprechung

Der OGH hat sich 2016 mit der Frage Kopftuch am Arbeitsplatz auseinandergesetzt.³⁹⁾ Betroffen war die Angestellte eines Notars, die auch im Kundenkontakt tätig war. Sie hatte bei der Arbeit bereits ein Kopftuch getragen, weshalb sie beim Klientenkontakt bereits nur mehr eingeschränkt eingesetzt wurde. Schließlich kündigte sie an, einen Gesichtsschleier tragen zu wollen, was ihr vom Notar untersagt wurde. Da die AN nicht darauf verzichten wollte, sprach der Notar die Kündigung aus. In diesem Verfahren wurde dem Notar sowohl eine Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses als auch eine Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen vorgeworfen. Der OGH kam mE zutreffend zu dem Ergebnis, dass die Kündigung wegen der Ankündigung, vollverschleiert, also mit verhülltem Gesicht, zu arbeiten, zulässig war und keine Diskriminierung aufgrund der Religion darstellte. Ebenso

³⁷⁾ Es ist aber mE nicht ausgeschlossen, vergleichbare Verbote für AN ohne Kundenkontakt zu treffen. Hier bedarf es aber anderer (legitimer) Gründe, etwa der (Wieder-)Herstellung des Betriebsfriedens bei religiös-ethnisch bedingten Konflikten innerhalb der Belegschaft.

³⁸⁾ Ebenfalls kritisch Kovács, Generelles Neutralitätsgebot versus Kopftuchverbot am Arbeitsplatz – Die Offenbarung des EuGH, ASoK 2017, 125.

³⁹⁾ OGH 25. 5. 2016, 9 ObA 117/15 v ASoK 2016, 440 (Kovács).

richtig ist die vom Höchstgericht attestierte Diskriminierung bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, weil der Notar die Angestellte bei ihrer Tätigkeit im Klientenkontakt und als Testamentszeugin im Gegensatz zu anderen AN einschränkte, nachdem sie angefangen hatte, ein Kopftuch zu tragen. Letztlich ist es dem Notar nicht gelungen, sachliche Gründe nachvollziehbar anzuführen, die gegen den Einsatz einer Angestellten mit Kopftuch etwa als Zeugin sprechen würden. Der Notar hat unter anderem mit der von seinem Berufsstand geforderten Unparteilichkeit und Objektivität argumentiert und auf § 7 Abs 2 NO verwiesen. Dieser Bestimmung zufolge ist dem Notar jedes Geschäft untersagt, welches an sich oder dessen fortgesetzter Betrieb mit der Ehre und Würde des Stands unvereinbar ist oder durch welches das volle Vertrauen in seine Unparteilichkeit und in die Glaubwürdigkeit der von ihm ausgehenden Urkunden erschüttert werden könnte. Warum der Anschein von Unparteilichkeit durch eine Notariatsangestellte mit Kopftuch gefährdet sein soll, ist fraglich und kann nur in ganz wenigen Ausnahmefällen wohl tatsächlich begründet werden.

In der Lit⁴⁰⁾ wurde kritisiert, dass der OGH dieses Verfahren nicht dem EuGH vorgelegt hat. Die beiden zwischenzeitig ergangenen EuGH-Entscheidungen wurden auch bereits als Argument für den Verstoß gegen die Vorlagepflicht herangezogen.⁴¹⁾ Im Ergebnis fügt sich die OGH-Entscheidung mE aber letztlich in diese Rsp des EuGH ein. Hervorzuheben ist, dass der EuGH sich nicht mit dem Thema der Vollverschleierung, sondern nur mit dem Kopftuch auseinandergesetzt hat. Diese Differenzierung ist nicht irrelevant, was auch die dazu ergangene Rsp des EGMR belegt.⁴²⁾

Es ist aber auch auf eine andere Rsp-Linie⁴³⁾ zu verweisen, die in der öffentlichen Diskussion bislang zu kurz gekommen ist. Das Thema Bekleidungsvorschrift im Unternehmen war bereits unabhängig vom GIBG Gegenstand von höchstgerichtlichen Urteilen.⁴⁴⁾ Es ging dabei um den Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht. Auch im Unternehmen hat ein AN das Recht auf Privatsphäre, was auch das äußere Erscheinungsbild mitumfasst. Die Rsp stützt sich hier auf die mittelbare Wirkung der Grundrechte über das „Einfallstor“ des § 16 ABGB.⁴⁵⁾ Der

⁴⁰⁾ Vgl insb *Marhold*, ZAS 2017, 42 f.

⁴¹⁾ Vgl *Kovács*, ASoK 2017, 130.

⁴²⁾ Vgl EGMR 1. 7. 2014, 43845/11, *S.A.S. gegen Frankreich*, mwN.

⁴³⁾ Bspw OGH 11. 2. 1999, 8 ObA 195/98 d (Goldketten-Fall) DRdA 2000/13 (*Firlei*); OGH 24. 9. 2015, 9 ObA 82/15 x ZAS 2016, 80 (*Stella*).

⁴⁴⁾ So auch in Deutschland, wo sich bereits im Jahr 2002 das BAG (10. 10. 2002, 2 AZR 472/01) mit einer Kündigung wegen eines islamischen Kopftuchs auseinandergesetzt hat: Eine Verkäuferin eines Handelskaufhauses wurde gekündigt, da sie während ihrer Arbeit das Kopftuch tragen wollte. Das BAG betonte, dass ein AG zwar branchenübliche Kleidung erwarten könne. Das Weisungsrecht des AG dürfe jedoch nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden, was inhaltlich durch die Grundrechte mitbestimmt werde. Komme es zu einer Kollision zwischen der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit und grundrechtlich geschützten Positionen des AN, so sei das Spannungsverhältnis einem grundrechtskonformen Ausgleich der Rechtspositionen zuzuführen. Der AG müsse konkrete Tatsachen darlegen, aufgrund derer es bei einem weiteren Einsatz der AN als Verkäuferin mit einem islamischen Kopftuch zu konkreten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen kommen würde. Unter Berücksichtigung des besonders hohen Stellenwerts der grundrechtlich gewährleisteten Glaubens- und Religionsfreiheit sei es dem AG zuzumuten gewesen, die AN als Verkäuferin weiterhin einzusetzen und abzuwarten, ob sich seine Befürchtungen in nennenswertem Maße realisierten. Zu prüfen wäre nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zunächst auch, ob etwaigen Störungen nicht auf andere Weise als durch eine Kündigung zu begegnen wäre. Die Kündigung war nach Ansicht des BAG daher vor diesem Hintergrund nicht zulässig. Siehe auch *Schinkele*, Der „Streit“ um das islamische Kopftuch, RdW 2004, 30.

⁴⁵⁾ Zuletzt etwa OGH 24. 9. 2015, 9 ObA 82/15 x ZAS 2016, 80 (*Stella*).

Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht bedarf demnach stets eines sachlichen Grundes, wobei letztlich eine Abwägung zwischen den betrieblichen Interessen⁴⁶⁾ und den Interessen des AN durchzuführen ist. Je intensiver der Eingriff durch den AG ist, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung.⁴⁷⁾ Vor diesem Hintergrund ist die „Rosa-Haarband-E“ des OGH zu sehen: Der AG hatte einem AN, der als Busfahrer tätig war und in dieser Funktion auch eine vorgeschriebene Uniform getragen hat, die Weisung erteilt, im Dienst kein rosafarbenes Haarband zu tragen, was dieser aber verweigert hat. Nach Ansicht des OGH konnte der AG keine essentiellen betrieblichen Interessen darlegen, die die Abnahme des rosa Haarbands hätten rechtfertigen können. Ausschlaggebend für die Weisung war nur die Farbauswahl des Haarbands. Das Höchstgericht beurteilte diese Anordnung als eine dem Persönlichkeitsrecht des AN widersprechende Weisung, die von diesem nicht zu befolgen ist.

Eine „Unternehmenspolitik der Neutralität“ muss daher auch dem Persönlichkeitsschutz Rechnung tragen. Im Ergebnis kann ein rosa Haarband nicht mehr geschützt sein als ein Kopftuch, eine Kippa oder ein Kreuz. Es wäre eine abzulehnende Entwicklung, würde über das Antidiskriminierungsrecht gerade im Kontext mit Religion und Weltanschauung der Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis aufgeweicht.

Insofern ist daher für die Praxis Vorsicht geboten: Eine Unternehmenspolitik der Neutralität ist zum einen kein absoluter Garant dafür, dem Diskriminierungsvorwurf zu entkommen, und zum anderen ist ebenfalls dem Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis Rechnung zu tragen. Wie *Schinkele*⁴⁸⁾ zur Recht ausführt, darf auch eine kohärente und systematische Neutralitätspolitik nicht Selbstzweck sein, sondern muss einer einzelfallorientierten kontextuellen Rechtfertigungsprüfung unterzogen werden, in deren Rahmen die Gründe für die Einführung einer solchen Politik, insbesondere im Hinblick auf Kundenerwartungen und -wünsche, zu artikulieren sind.

Vor Einführung solcher weitreichender Regeln bzw Verbote sollte man sich als AG stets fragen, ob es nicht schonende Alternativen gibt, die noch zweckmäßig sind. In der Praxis zeigt es sich, dass gerade bei Bekleidungsvorschriften und Uniformen sehr viel Spielraum besteht, religiöse Kleidungsstücke zu integrieren.⁴⁹⁾ Dieser Aspekt spielt auch bei der Beurteilung des Persönlichkeitsschutzes eine große Rolle – besteht eine derartige Möglichkeit, wird in aller Regel eine darüber hinausgehende Maßnahme an der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Persönlichkeitsschutzes scheitern.

⁴⁶⁾ Siehe dazu etwa *Mitschka/Steiner*, Die Beistellungs- und Kostentragungspflicht für Arbeitskleidung, ZAS 2014, 304.

⁴⁷⁾ Vgl auch *Kreil*, Haar- und Barttracht: Persönlichkeitsschutz contra Weisungsrecht, RdW 2006, 704; *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance, Gutachten für die Gleichbehandlungskommission vom 21. 10. 2015, 18 ff, www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=61160.

⁴⁸⁾ *Schinkele*, *ecolex* 2017, 739.

⁴⁹⁾ Für Bsp siehe *Holzleithner*, Bekleidungsvorschriften und Genderperformance, Gutachten für die Gleichbehandlungskommission vom 21. 10. 2015, 54 ff, www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=61160.