

## § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen

Prof. Dr. Eva Kocher und Dr. Johanna Wenckebach,  
Europa-Universität Frankfurt (Oder)<sup>1</sup>

Kann eine hörbehinderte Beschäftigte im Callcenter verlangen, dass ihr geeignete Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt werden? Kann eine allein erziehende Mutter verlangen, dass sie jeden Morgen etwas später (später als alle anderen!) anfangen darf, um vorher ihr Kind zum Kindergarten zu bringen? Welche Rechte hat eine Arbeitnehmerin, die von Kunden des Arbeitgebers aufgrund ihres »ausländischen« Aussehens und Akzents abgelehnt wird? Und kann *Lillian Ladele*, gläubige christliche Angestellte in einem britischen Standesamt (London, Islington), sich weigern, bei der Schließung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften (»civil partnerships«) eingesetzt zu werden?<sup>2</sup>

Alle diese Fälle stellen die Frage nach dem Anwendungsbereich und der Reichweite eines »Rechts auf angemessene Vorkehrungen«. Der folgende Text erläutert, inwiefern es sich hierbei um einen allgemeinen Grundsatz des Antidiskriminierungsrechts handelt, und zeigt auf, wo sich solche Rechte bereits im geltenden deutschen Arbeitsrecht finden lassen.

### I. Die gleiche Freiheit: Materielle Gleichbehandlung und individualisierte Anpassung

Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist sehr eng mit dem Arbeitsrecht verwoben – die Geltung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird nicht mehr in Frage gestellt, und dass der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht begann und dort am weitesten vorgedrungen ist (siehe auch § 75 BetrVG), scheint auch nicht zu verwundern. Schließlich ist die arbeitsteilige Erwerbsarbeit durch kollektive Strukturen geprägt: Die Arbeitswelt schafft berechnete Ansprüche auf Gleichbehandlung, indem sie kollektive Zusammenhänge bildet, Beschäftigte in einen Kontext der Vergleichbarkeit stellt und häufig faktisch gleiche Bedingungen vorgibt.<sup>3</sup>

Wo Gleichheit unter »Gleichen« gewährt wird, hängt die Geltendmachung von Gleichbehandlungsansprüchen

allerdings davon ab, dass gleiche Voraussetzungen vorliegen – der oder die Betreffende also an herrschende Strukturen, Kulturen oder Bedingungen angepasst ist.<sup>4</sup> Bei eher weiblichen Lebensläufen in ihrer ganzen heutigen Differenziertheit<sup>5</sup> war dies immer ein Hindernis, da sie verglichen mit einem »Normallebenslauf« langjähriger ununterbrochener Vollzeitbeschäftigung aus (formaler) Gleichbehandlung nicht diejenigen Voraussetzungen enthalten, die zu einer effektiven gleichen Freiheit erforderlich wären.<sup>6</sup>

Antidiskriminierungsrecht, das Gleichheit in der Differenz gewährleisten will, muss deshalb mehr sein als das formale Recht eines jeden Menschen, im Vergleich zu anderen nicht aus sexistischen, rassistischen, homophoben oder anderen diskriminierenden Gründen schlechter behandelt zu werden. Ein materielles Gleichbehandlungsverständnis, das die gesellschaftliche Realität als Voraussetzung ernst

1 Europa-Universität Viadrina, Der Text entstand im Rahmen des von der HBS geförderten Forschungsprojektes »Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf« (SozRA); die Autorinnen bedanken sich bei Felix Welti und dem gesamten Projektteam für die wertvollen Hinweise zu früheren Fassungen (ohne damit die Verantwortung für verbliebene Unzulänglichkeiten abgeben zu wollen). Eva Kocher dankt auch den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Symposiums »Discrimination and Difference«, 14./15.6.2012 an der FU Berlin. Herzlicher Dank für hilfreiche Anmerkungen geht auch an die Redaktion der Zeitschrift »Soziales Recht«!

2 »Nein«, antwortete der Court of Appeal (Civil Division) in der Sache »Ladele v. London Borough of Islington«, Urteil vom 15.12.2009, [2009] EWCA Civ 1357; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (case no. 51671/10) wird demnächst über die Individualbeschwerde von Frau Ladele entscheiden (die Anhörung vor der Kammer fand am 4.9.2012 statt).

3 Siehe Kocher, RdA 2002, 167 ff.

4 Lacey, in: Townshend-Smith, Discrimination Law, 1998, 73 ff.; Davies, Perspectives of Labour Law, 2004, 131; Habermas spricht von »asymmetrischen Auswirkungen« von Gesetzen, die auf einem formalen Gleichheitskonzept basieren (Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion, Frankfurt/M. 2005, S. 279, 302); Schiek, in: Schiek (Hrsg.), AGG, München 2007, Einl. Rn. 54; Fuerst, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, Baden-Baden 2008, S. 80 mit Hinweis auf das »dilemma of difference«.

5 Anschaulich: Sachverständigenkommission Gleichstellungsbericht (Hrsg.), Neue Wege – gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf, Gutachten für den Ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2011; abrufbar unter [www.gleichstellungsbericht.de](http://www.gleichstellungsbericht.de) (16.8.2012).

6 Siehe auch Nassibi/Wenckebach/Zeibig, djbZ 2012, 111 ff.

nimmt,<sup>7</sup> führt insbesondere dazu, nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Diskriminierung zu untersagen<sup>8</sup> sowie positive Maßnahmen zu erlauben oder gar anzuordnen. So zwingt das Antidiskriminierungsrecht zu einer Hinterfragung von Normalitätskriterien<sup>9</sup> und macht deutlich, dass es bei Gleichbehandlung letztlich um Fragen von persönlicher Autonomie und gleicher Freiheit bei faktischer Ungleichheit geht.<sup>10</sup>

Wenn aber Autonomie auf ein selbstbestimmtes Leben in sozialen Bezügen gerichtet ist und die Qualität sozialer Inklusion sich danach bestimmt, wie viel Raum sie für persönliche Lebensgestaltung bildet,<sup>11</sup> muss der normative Anspruch des Diskriminierungsschutzes über die Berücksichtigung von faktischen und gesellschaftlichen Ungleichheiten bzw. »Gruppenzugehörigkeiten« noch hinausgehen. Denn es gibt zwar gesellschaftliche Gründe dafür, dass familiäre Verpflichtungen genau wie gesundheitliche Voraussetzungen und Einschränkungen in verbreiteten Formen der Organisation von Erwerbsarbeit als »privates« Problem gelten. Im betrieblichen Zusammenhang treten diese Fragen aber in individualisierter Form auf: Typischerweise verlangen »individuelle« Veränderungen der privaten Lebensgestaltung dann nach einer individualisierten Anpassung – des Arbeitsplatzes, der Arbeitszeiten, des Arbeitsortes, der Beziehungen zu Kunden und Kundinnen, etc. Gerade das Unterlassen einer Differenzierung durch Außerachtlassung individueller Bedarfe bewirkt in solchen Fällen soziale Nachteile.<sup>12</sup>

## II. Das Recht auf angemessene Vorkehrungen: Analyse der Rechtsfigur

Für die Fälle der Behinderung ist der Zusammenhang zwischen materieller Gleichbehandlung und individualisierter Anpassung bereits häufig explizit behandelt worden; normativ findet er Ausdruck im Gebot angemessener Vorkehrungen. So schreibt Art. 5 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG<sup>13</sup> den Mitgliedsstaaten vor, Arbeitgeber dazu zu verpflichten, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen. Das heißt, dass der Arbeitgeber »die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen«.

Gemäß Art. 3 lit. d UN-Behindertenrechtskonvention<sup>14</sup> (UN-BRK) ist die Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderung ein expliziter Grundsatz der Konvention; sie geht davon aus, dass soziale Inklusion auf der Grundlage persönlicher Selbstbestimmung erfolgen muss.<sup>15</sup> In ihrem Art. 2 definiert sie angemessene Vorkehrungen als »notwendige und geeignete Anpassungen [...], wenn sie in einem bestimmten Falle erforderlich sind [...].« Deutschland ist nicht nur unionsrechtlich, sondern auch als Vertragsstaat der UN-BRK verpflichtet, die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen mithilfe aller geeigneten Schritte zu gewährleisten (Art. 5 Abs. 3 UN-BRK).

Zu den einschlägigen Rechtsgrundlagen aus dem deutschen Recht zählt insbesondere § 81 Abs. 4 S. 1 SGB IX.<sup>16</sup> Hier bestehen Ansprüche Schwerbehinderter<sup>17</sup> auf bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung oder auf behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung des Arbeitsplatzes, auf Anpassung und Neuverteilung der Arbeitszeit<sup>18</sup> und Arbeitszeitverkürzungen (§ 81 Abs. 5 SGB IX). Die britische Gleichbehandlungskommission benennt als Beispiele für das Recht auf »reasonable adjustments« aus Sec. 20

7 Blanke/Graue, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Handkommentar zum AGG (HK-AGG), Baden-Baden 2008, Einl., Rn. 214 ff.; Rn. 221; ausführlich zum Konzept materieller Chancengleichheit Wenckebach, Antidiskriminierungsrechtliche Aspekte des Kündigungsschutzes in Deutschland und England, Baden-Baden 2012, (zugl. Diss. Universität Bremen 2011/2012), S. 44 ff.; Kocher, RdA 2002, 167 ff.

8 Fredman, Discrimination Law, 2002, 106; Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 21; Burg, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, Berlin 2009, S. 30; mittlerweile auch anerkannt von Adomeit/Mohr, AGG, 2. Aufl., Stuttgart 2011, § 3 Rn. 123.

9 Kocher, WSI-Mitt. 2007, 434, 435; Thüsing, ZfA 2006, 241, 248.

10 Baer, ZRP 2002, 290, 292; vgl. auch Deinert, in: Kittner/Zwanziger/Deinert, Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt/M. 2011, § 1 Rn.14; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007, Rn. 26; zur Funktion von Art. 3 I als Teilhaberecht Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 3 Rn. 59.

11 Bielefeldt, Zum Innovationspotential der Behindertenrechtskonvention, Deutsches Institut für Menschenrechte 2009, S. 11.

12 Leder, Das Diskriminierungsverbot wegen Behinderung, Berlin 2006, (zugl. Hamburg, Bucerius Law School, Diss. 2005) S. 241; Fuerst (Fn. 4), S. 85; Welti, SGB 2010, 441 ff.; Zatz, Columbia Law Review 109 (2009), 1357, 1390.

13 Vom 27. November 2000; nachfolgend: Rahmenrichtlinie.

14 In Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 21.12.2008.

15 Bielefeldt (Fn.11), 11.

16 Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl. München 2011, § 12 Rn. 2; Raasch, in: Rust/Falke, AGG, Berlin 2007, § 5 Rn. 105; Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 81; dazu Nassibi, NZA 2012, 720 ff.

17 Zur Problematik des Anwendungsbereichs siehe genauer unten III. 2. a), bei Fn. 98 ff.

18 Dazu Paschke, AuR 2012, 11, 12.

des britischen *Equality Act 2010* flexible Arbeitszeiten oder eine inhaltliche Umstrukturierung der Arbeitsaufgaben, wobei ausdrücklich betont wird, dass es stets einer individuellen Lösung anhand der konkreten Bedürfnisse der jeweiligen Person bedürfe; dies könne von der simplen Neuordnung des Mobiliars am Arbeitsplatz bis hin zur Schaffung einer neuen Stelle gehen.<sup>19</sup>

Auch das Verbot mittelbarer Diskriminierung (§ 3 Abs. 2 AGG, § 81 Abs. 2 SGB IX) oder »positive Maßnahmen« (§ 5 AGG) zielen auf materielle Gleichbehandlung ab und berücksichtigen dabei faktische Differenzen und unterschiedliche Bedarfe;<sup>20</sup> worin unterscheiden sich diese Rechtsfiguren also von der Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen?

## 1. Angemessene Vorkehrungen in Abgrenzung zu positiven Maßnahmen und dem Verbot mittelbarer Diskriminierung

### a) Abgrenzung zum Verbot mittelbarer Diskriminierung: Proaktive Pflicht

Angemessene Vorkehrungen sollen gem. Art. 5 Rahmenrichtlinie sicherstellen, dass die Ausübung einer Berufstätigkeit faktisch ermöglicht wird. Diese Ermöglichung kann auch die Beseitigung struktureller Diskriminierungen mit einschließen, und darauf zielt auch das in § 3 Abs. 2 AGG geregelte Verbot mittelbarer Diskriminierung ab.<sup>21</sup> Im englischen Recht sind angemessene Vorkehrungen zu treffen, wenn sich für behinderte Menschen erhebliche Nachteile ergeben können – zB. aus benachteiligenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren.<sup>22</sup> Bei letzterem hat der englische Gesetzgeber bewusst auf die Formulierung des Tatbestandes der mittelbaren Diskriminierung zurückgegriffen.<sup>23</sup> Denn auch bei diesem Tatbestand geht es darum, betriebliche Praktiken zu ändern, die diskriminierende Effekte haben.<sup>24</sup>

Insofern das Verbot mittelbarer Diskriminierungen davon ausgeht, dass »dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren [...] Personen [...] in besonderer Weise benachteiligen können« (§ 3 Abs. 2 AGG), können sich daraus durchaus Obliegenheiten zur Vornahme von Anpassungen ergeben: Will ein Arbeitgeber Sanktionen bei Verstößen gegen Diskriminierungsverbote entgehen, kann er sogar gehalten sein, Anpassungen der betrieblichen Organisation vorzunehmen, um Strukturen aufzubrechen, die mittelbar diskriminierenden Effekt haben (können).<sup>25</sup>

Dies ist bisher insbesondere für das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts festgestellt worden. So hat das LAG Berlin-Brandenburg zu Recht anerkannt, dass das Verbot mittelbarer Diskriminierungen das arbeitgeberseitige Weisungsrecht begrenzen kann; eine Mitarbeiterin, die behinderungsbedingt nicht in Nachtschicht arbeiten kann, sei auch in einem rollierenden Schichtsystem davon auszunehmen.<sup>26</sup> Auch der EuGH hat schon darauf hingewiesen, dass Anforderungen an erhöhte Flexibilität der Beschäftigten im Sinne von Anpassungsfähigkeit an verschiedene Arbeitszeiten und -orte eine mittelbare Benachteiligung von Frauen bedeuten und einer Rechtfertigung bedürfen kann.<sup>27</sup>

Dies ist jedoch lediglich ein mittelbarer Reflex, aus dem sich ein Unterlassungsanspruch ergibt. Auf die Durchführung angemessener Vorkehrungen dagegen besteht ein eigenständiger Rechtsanspruch. Nach dem Wortlaut der Rahmenrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen als positive Handlungspflichten ausgestalten, die über eine abwehrrechtliche Dimension hinausgehen; gemäß Art. 5 »sind angemessene Vorkehrungen zu treffen«.<sup>28</sup> Für die Umsetzung der Richtlinienvorgaben im englischen Recht wurde ausdrücklich der Begriff »duty« verwendet.<sup>29</sup> Auch das Innovationspotential der UN-BRK mit ihrer Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Sicherstellung der Bereitstellung angemessener Vorkehrungen wird gerade darin gesehen, dass sie die Menschenrechtsdiskussion über die negativ-abwehrrechtliche Funktion indivi-

19 Equality and Human Rights Commission, *Equality Act 2010 Guidance for Employers*, S. 22.

20 *Burg* (Fn. 8), 56; *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 55.

21 *Schiek*, (Fn. 4), § 3 Rn. 21; *Fredman* (Fn. 8), S. 106; dies anerkennend jetzt auch *Adomeit/Mohr* (Fn. 8), § 3 Rn. 123.

22 Sec. 20 *Equality Act 2010*.

23 *Equality Act 2010 Explanatory Notes*, 25, Rn. 82.

24 Aus diesem Grund trägt auch eine konsequente Durchsetzung des Verbotes mittelbarer Benachteiligungen zur Durchsetzung der Anwendungsvoraussetzungen des materiellen Gleichheitskonzeptes bei; vgl. *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 20; Einl. 53 ff.; Vgl. auch *Kohte*, juris-PR ArbR 38/2005, Anm. I; näher *Wenckebach* (Fn. 7), S. 64 ff.

25 *Kocher*, RdA 2002, 167, 170; die Rechtsfolgen entsprechender Klagen haben nicht nur eine Sanktionsfunktion, sondern durchaus auch generalpräventive Wirkung; *Deinert*, HK-AGG (Fn. 7), § 15 Rn. 13 ff.

26 LAG Berlin-Brandenburg, 4.12.2008 – 26 Sa 343/08 – LAGE § 3 AGG Nr. 1, Rn. 41.

27 EuGH, 17.10.1989 – C-109/88 – Slg. 1989, 3199 (Danfoss), Rn. 22. Im unterschiedenen Fall wurden die tariflichen Regelungen jedoch im Ergebnis akzeptiert.

28 *Raasch*, in: *Rust/Falke* (Fn. 16), AGG, § 5 Rn. 94; *Fuerst* (Fn. 4), S. 86.

29 Sec. 20 *Equality Act 2010*: »Duty to make reasonable adjustments«.

dueller Rechte hinaus erweitert hin zur Idee der Schaffung positiver Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>30</sup> Grund für diese Struktur ist ein proaktiver Ansatz. Das Treffen angemessener Vorkehrungen kann den Anlass mittelbarer Benachteiligungen entfallen lassen,<sup>31</sup> bevor sich Rechtsverluste einstellen.

Und selbst wenn die Verwendung der jeweiligen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren gerechtfertigt ist (§ 3 Abs. 2 2. Hs. AGG), können angemessene Vorkehrungen denjenigen Chancengleichheit ermöglichen, die ansonsten von der Teilhabe ausgeschlossen würden: Solche Vorkehrungen können Benachteiligten dazu verhelfen, die jeweiligen Kriterien mithilfe bestimmter Anpassungen zu erfüllen. Die Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen wird deshalb als Anerkenntnis einer sozialstaatlichen Komponente des Gleichbehandlungsrechts gewertet.<sup>32</sup>

#### **b) Abgrenzung zum Verbot mittelbarer Diskriminierung: Individualisiertes Recht statt Gruppenbezug**

Vor allem aber bedarf es zur Feststellung einer Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG eines Gruppenvergleichs.<sup>33</sup> Verstöße gegen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung können gerade nicht im Falle von Einzelmaßnahmen gegenüber den Betroffenen geltend gemacht werden;<sup>34</sup> um die Grenzen zum Verbot direkter Diskriminierungen nicht zu verwischen, gilt § 3 Abs. 2 AGG nur für Kriterien, Vorschriften oder Verfahren, die – zumindest hypothetisch – auch gegenüber anderen Beschäftigten Verwendung finden.

Der EuGH ist auf diese Problematik der Grenzen von Diskriminierungsverboten bei fehlenden Vergleichspersonen gestoßen, als er über die Benachteiligung aufgrund von Schwangerschaft zu entscheiden hatte: Das Gericht hat schwangerschaftsbedingte Benachteiligungen letztlich als direkte Geschlechtsdiskriminierung eingeordnet und dadurch auf einen Vergleich mit männlichen Personen ausdrücklich verzichtet.<sup>35</sup> In anderen Fällen mittelbarer Geschlechtsdiskriminierung bedarf es jedoch nach wie vor eines Nachweises »geschlechtsspezifischer« Unterschiede.<sup>36</sup> Um eine Verletzung des Verbots mittelbarer Diskriminierung geltend zu machen, müssen deshalb Frauen darlegen und beweisen, dass durch ein bestimmtes Organisationskonzept, das eine Vereinbarkeit von Familienarbeit mit der Erwerbsarbeit unmöglich macht, überwiegend Frauen benachteiligt werden. Dies stellt die Betroffenen nicht nur

vor erhebliche Beweisschwierigkeiten,<sup>37</sup> sondern zwingt zu einer Argumentation mit Geschlechtsrollenklischees, die antidiskriminierungsrechtlich gerade überwunden werden sollte.<sup>38</sup>

Aus der Problematik fehlender Vergleichbarkeit behinderter Menschen wurde im britischen Recht hingegen das Gebot auf angemessene Vorkehrungen entwickelt. Nachdem dem Kläger im *Clark v Novacold*<sup>39</sup> nach behinderungsbedingter Arbeitsunfähigkeit und negativer Zukunftsprognose gekündigt worden war, gingen die ersten beiden Instanzen davon aus, richtige Vergleichsperson sei ein Beschäftigter ohne das Merkmal Behinderung, aber mit gleich langen Fehlzeiten. Demzufolge käme ein Vergleich zu dem Ergebnis, dass nicht die Behinderung, sondern die Fehlzeiten Grund für die – somit nicht diskriminierende – Kündigung waren. Dabei wird freilich der direkte Zusammenhang zwischen Fehlzeiten und Behinderung übersehen, weshalb das Urteil in dritter Instanz aufgehoben wurde. Der *Court of Appeal* erklärte, im Gegensatz zu den anderen Diskriminierungsmerkmalen sei bei der Prüfung von Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung danach zu fragen, ob der Grund für die Benachteiligung in Verbindung mit der Behinderung der betroffenen Person stehe. Richtige Vergleichsperson sei jemand, bei dem dieser Grund nicht gegeben sei; sonst liefe der Diskriminierungsschutz behinderter Menschen leer;<sup>40</sup> dies ist auch der Weg, den das LAG Berlin-Brandenburg nun für Deutschland gegangen ist<sup>41</sup>. Der britische Gesetzgeber entschied sich dann

30 Bielefeldt (Fn. 11), S. 13.

31 Fuerst (Fn. 4), S. 88.

32 Fuerst (Fn. 4), S. 142; die Ableitung positiver Verpflichtungen aus Art. 3 GG iVm. dem Sozialstaatsprinzip erwogen, doch offen gelassen durch BVerfGE 74, 163.

33 Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 37 ff.; Schrader/Schubert, in: HK-AGG (Fn. 7), § 3 Rn. 40.

34 Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 3. Aufl., Köln 2011, § 3 Rn. 74. Auch im Fall des LAG Berlin-Brandenburg (Fn. 26) war es das ausnahmslos rollierende Schichtsystem, das Gegenstand der Prüfung als mittelbar diskriminierend war.

35 EuGH, 8.11.1990 – C-177/88 (Dekker) – EuGHE 1990, 3941.

36 Ausführlich zu dieser Problematik am Beispiel von Benachteiligungen bei der Lage der Arbeitszeit Wenckebach (Fn. 7), S. 280 ff.

37 Vgl. auch Zatz, Columbia Law Review 109 (2009), S. 1357, 1394.

38 Zu dieser Problematik in den Fallbeispielen aus dem englischen Recht (*London Underground v Edwards* [1998] IRLR 346 (CA); *British Airways v Stamer* [2005] IRLR 862 (EAT)) siehe Wenckebach (Fn. 7), S. 233 ff.

39 Court of Appeal [1999] All ER 977.

40 Court of Appeal [1999] All ER 977, 988.

41 Siehe oben bei Fn. 26.

letztlich<sup>42</sup> für eine Lösung mithilfe einer neuen Rechtsfigur: Im Zuge der Reform des Antidiskriminierungsrechts 2010 wurde in Sec.15 *Equality Act 2010* ein neuer Tatbestand geschaffen, der Diskriminierungen verbietet, die sich aus den Konsequenzen einer Behinderung ergeben (*»discrimination arising from disability«*).

Diese Schwierigkeiten bringen Rechte auf angemessene Vorkehrungen nicht mit sich. Im Gegensatz zum gruppenbezogenen Ansatz im Verbot mittelbarer Diskriminierung sind sie sowohl auf der Tatbestands- wie auf der Rechtsfolge-seite auf individuelle Lösungen gerichtet; vorgeschrieben wird in der Regel das Ergreifen der im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen. Hier macht die strikt individuelle Feststellung eines Bedarfs für angemessene Vorkehrungen einen Vergleich mit anderen Beschäftigten gerade obsolet.<sup>43</sup>

### c) Abgrenzung zu »positiven Maßnahmen«

§ 5 AGG erlaubt positive Maßnahmen, »wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile [...] verhindert oder ausgeglichen werden sollen«. In der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG werden die Begriffe »positive Maßnahmen« und »angemessene Vorkehrungen« nicht scharf getrennt. Vom Wortlaut her verfolgen beide Konzepte auch ähnliche präventive Ansätze. Allerdings unterscheidet die Rahmenrichtlinie zwischen angemessenen Vorkehrungen, die sie in Art. 5 verortet, und positiven Maßnahmen nach Art. 7.<sup>44</sup> Art. 5 verpflichtet Mitgliedstaaten (die wiederum Arbeitgeber zu verpflichten haben); Art. 7 Rahmenrichtlinie verpflichtet nicht, sondern erlaubt (§ 5 AGG enthält entsprechend gerade keine Verpflichtung zur Durchführung positiver Maßnahmen<sup>45</sup>).

Art. 7 bezieht sich also auf Maßnahmen, die ansonsten gegen das (formale) Gleichbehandlungsgebot verstoßen würden.<sup>46</sup> Die Norm ist deshalb systematisch im Bereich der zugelassenen Ausnahmeregelungen vom Gebot der Gleichbehandlung eingegliedert. Dagegen sollen angemessene Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie gerade »die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes [...] gewährleisten«; dabei geht es nicht notwendig um Ausnahmen von der formalen Gleichbehandlung.<sup>47</sup> Entsprechend gestaltet sich die Systematik der UN-BRK: Durch Art. 27 Abs. 1 (i) UN-BRK verpflichten sich die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden, während gem. Art. 27 Abs. 1 (h) UN-BRK die Beschäftigung behinderter Menschen im privaten Sektor gefördert werden soll, wobei

zu den »geeigneten Strategien und Maßnahmen (...) auch Programme für positive Maßnahmen (...) gehören können.«

Art. 7 Abs. 2 Rahmenrichtlinie stellt zwar ebenfalls klar, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz (positiven) Maßnahmen nicht entgegensteht, mit denen »Vorkehrungen eingeführt oder beibehalten werden sollen, die einer Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern«. Diese Klarstellung wäre aber nicht erforderlich, wenn es sich bei der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen einfach um einen (Unter-)Fall einer Verpflichtung zu positiven Maßnahmen handeln würde oder umgekehrt. Hier liegt (für den Behindertendiskriminierungsschutz) ein Überschneidungsbereich beider Normen.

Beide Instrumente müssen demnach außerdem nach ihrem Wirkungsspektrum abgegrenzt werden: Positive Maßnahmen zeichnen sich durch ihren expliziten Gruppenbezug aus, während angemessene Vorkehrungen ausdrücklich für individuelle Lösungen im Einzelfall gelten sollen.<sup>48</sup> Im Zuge angemessener Vorkehrungen kann zwar eine die kollektive Chancengleichheit fördernde Wirkung über den Einzelfall hinaus erzielt werden – allerdings lediglich als Nebeneffekt.<sup>49</sup> So können beispielsweise alle Beschäftigten (und jedenfalls alle ansonsten entsprechend behinderten Beschäftigten) davon profitieren, wenn als angemessene Vorkehrung Barrierefreiheit eines Großraumbüros hergestellt wird. Die Besonderheit angemessener Vorkehrungen ergibt sich demnach in Abgrenzung zu positiven Maßnahmen auch aus der strikten Bezogenheit auf den in Art. 5 Rahmenrichtlinie ausdrücklich benannten »konkreten Fall«.<sup>50</sup>

42 Eine höchstrichterliche Entscheidung des *House of Lords* hatte zuvor erneut die Frage nach der richtigen Vergleichsperson im Bereich der Diskriminierung aufgrund von Behinderung aufgeworfen (LB of *Lewisham v Malcolm* [2008] IRLR 700 (HL); kritisch dazu *Horton*, in: ILJ 2008, 376, 383).

43 *Leder* (Fn.12), S. 243.

44 *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 80.

45 *Hinrichs*, in: HK-AGG 2008 (Fn. 7), § 5 Rn. 30 a.

46 *Kocher*, SuP 2011, 527, 530; Es komme letztlich auf die Klarstellung an, dass positive Maßnahmen jedenfalls keine unzulässige Benachteiligung darstellen: *Hinrichs*, aaO., § 5 Rn. 5 mwN. zu den in der Literatur vertretenen Auffassungen.

47 *Raasch*, in: *Rust/Falke* (Fn. 10), § 5 Rn. 94.

48 *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 81; vgl. auch zuvor a), bei Fn. 21 ff.

49 *Leder* (Fn. 12), S. 245.

50 Anders als das BAG, 12.9.2006 – AZR 807/05 – NZA 2007, 507 ff. sieht *Fuerst* (Fn. 4), S. 137 deshalb im besonderen Kündigungsschutz der §§ 85 ff. SGB IX keine Umsetzung von Art. 5 Rahmenrichtlinie; das Integrationsamt treffe hier eine allgemeine Ermessensentscheidung, bei der es nicht um die Geltendmachung eines Gleichbehandlungsanspruchs des betroffenen behinderten Beschäftigten gehe, wie angemessene Vorkehrungen dies vorsähen.

#### d) Das Unterlassen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung

Nun wird der Begriff »Diskriminierung« zwar in Art. 2 Rahmenrichtlinie definiert, wo die Verletzung von Pflichten zum Treffen angemessener Vorkehrungen gerade nicht benannt wird; und tatsächlich wurde hier festgestellt, dass es sich durchaus um ein Konzept handelt, das nicht in seinem vollen Umfang bereits von den Diskriminierungsverboten erfasst wird. Das heißt jedoch nicht, dass die Konzepte nichts miteinander zu tun hätten, im Gegenteil: Art. 5 Rahmenrichtlinie greift die Zielsetzung der Nichtdiskriminierung ausdrücklich auf, wenn es heißt, angemessene Vorkehrungen sollen »die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung (...) gewährleisten«.<sup>51</sup>

Dies hat rechtliche Konsequenzen, die im britischen Recht bereits im *Disability Discrimination Act 1995* erstmalig normiert wurden; danach handelt es sich um eine Diskriminierung aufgrund von Behinderung, wenn angemessene Vorkehrungen nicht getroffen werden.<sup>52</sup> Ähnliches sieht der US-amerikanische *Americans with Disabilities Act* vor.<sup>53</sup> Auch die UN-BRK wertet das Versagen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung, wenn es diesen Begriff in Art. 2 definiert: »Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen«. Diese Grundidee erkennt auch das BVerfG an, wenn es zur Auslegung von Art. 3 GG ausführte: »Eine Benachteiligung iSd. Benachteiligungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt [...] nicht nur bei Regelungen und Maßnahmen vor, die die Situation des Behinderten wegen seiner Behinderung verschlechtern. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser Ausschluss nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird.«<sup>54</sup>

In der deutschen Literatur wird dies als zutreffender Ansatz zur Einordnung des Instruments angemessener Vorkehrungen im Arbeitsrecht bewertet – wobei oftmals nicht thematisiert wird, ob es sich um unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung handele.<sup>55</sup> Da die Benachteiligung hier in der Regel nicht auf Eigenschaften zurück gehen wird, die mit dem Merkmal »Behinderung« notwendig zusammenhängen, dürfte in den meisten Fällen die Einordnung als mittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG richtig sein.<sup>56</sup>

## 2. Grenzen der Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen

Grenzen der Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen werden zunächst durch die Grenzen der Belastbarkeit des Arbeitgebers bestimmt: Nach Art. 2 der UN-BRK dürfen Anpassungen keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung des Arbeitgebers darstellen. Art. 5 Rahmenrichtlinie begrenzt angemessene Vorkehrungen auf Fälle, in denen die konkreten Maßnahmen den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten. Dabei gilt eine Belastung dann nicht als unverhältnismäßig, wenn sie im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird. Bei der Prüfung der Frage, ob Maßnahmen zu übermäßigen Belastungen führen, sind insbesondere der mit ihnen verbundene finanzielle und sonstige Aufwand sowie die Größe, die finanziellen Ressourcen und der Gesamtumsatz der Organisation oder des Unternehmens zu berücksichtigen, ebenso die Verfügbarkeit öffentlicher Mittel oder anderer Unterstützungsmöglichkeiten.<sup>57</sup> Die in § 81 Abs. 4 SGB IX genannte Grenze unverhältnismäßiger Aufwendungen ist in diesem Sinn als Unterfall des allgemein dort genannten Vorbehalts der Unzumutbarkeit zu interpretieren.

Eine ähnliche wirtschaftliche Grenze der Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen ist im US-amerika-

51 Entsprechend heißt es auch in Art. 2 der Behindertenrechtskonvention, angemessene Vorkehrungen sollen vorgenommen werden, »um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können«.

52 Sec.5 (2) iVm. Sec. 6 Disability Discrimination Act 1995; siehe jetzt Sec. 20(2) Equality Act: »A discriminates against a disabled person if A fails to comply with that duty in relation to that person.«

53 Sec. 12112 b): »[...] the term ›discriminate against a qualified individual on the basis of disability‹ includes – [...] (5) (A) not making reasonable accommodations [...]«.

54 BVerfG, 8.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 296, 303. So auch *Welti*, Rechtsdienst der Lebenshilfe 2012, 1–3; zur Verwirklichung der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG durch Unterlassen siehe auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 3, Rn. 380; *Heun* (Fn. 10), Art. 3, Rn. 138, zweifelt, ob Art. 3 Abs. 3 GG eine subjektive rechtliche Schutzpflicht Privater begründet; differenzierend wie hier auch *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997, 34 ff.

55 *Schiek*, NZA 2004, 873, 881; *Kohte*, jurisPR-ArbR 38/2005, Anm. 1; *Fuerst* (Fn. 4), S. 88.

56 Siehe auch *Schiek* (Fn. 4), § 3 Rn. 80; Rn. 81: Im Falle von Einstellungsdiskriminierungen müsse auf eine europarechtskonforme Auslegung des mittelbaren Diskriminierungsverbots zurückgegriffen werden; unentschieden *Fuerst* (Fn.4), S. 146; »Diskriminierungsverbot sui generis« nach *M. Schmidt*, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2001, Rn. 199; *Leder* (Fn. 12), S. 238 ff. mit Hinweis auf die insoweit auslegungsbedürftigen Aussagen der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG.

57 2000/78/EG, Begründungserwägung (21) (siehe auch Art. 5 Abs. 3).

nischen Recht vorgesehen.<sup>58</sup> Allerdings nennt Sec. 12112 (5) (A) des *Americans with Disabilities Act* noch eine weitere Einschränkung: Angemessene Vorkehrungen setzen danach voraus, dass die behinderte Person »*otherwise qualified*« ist. In diesem Zusammenhang ist im US-amerikanischen Recht die Frage, bei welchen Anforderungen und Funktionen eines Arbeitsplatzes es sich um unabdingbare »wesentliche« Funktionen handelt, von enormer praktischer Bedeutung; denn sie erfüllt eine Ausschlussfunktion für das Recht auf angemessene Vorkehrungen.<sup>59</sup>

Im europäischen und deutschen Recht ist dies nicht in gleicher Weise formuliert. Auf den ersten Blick scheinen für Art. 5 die Vorgaben des Art. 4 Rahmenrichtlinie (Differenzierung wegen wesentlicher beruflicher Anforderungen, im deutschen Recht umgesetzt in § 8 AGG) gar nicht zu gelten. Denn in der Begründung der Rahmenrichtlinie heißt es: »unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen, [werde] nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben [...], wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist«<sup>60</sup>.

Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass Art. 4 Rahmenrichtlinie bzw. § 8 AGG auf diese Fälle nicht anwendbar sei: Die Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, verlangt vom Arbeitgeber nicht, die wesentlichen Anforderungen der Tätigkeit zu verändern. Denn § 8 AGG, der seinen Regelungsschwerpunkt im Bereich unmittelbarer Diskriminierungen hat,<sup>61</sup> erlaubt ja sogar eine unmittelbare Anknüpfung an eine Behinderung, wenn diese mit »wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen« in Widerspruch steht. Beispielsweise urteilte das LAG Hamm jüngst im Falle einer Stellenausschreibung für wissenschaftliche Mitarbeiter/innen im Bereich der klassischen Philologie, ein blinder Bewerber sei »auch unter Berücksichtigung der besonderen Förderpflichten nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG« nicht in der Lage, wesentliche Funktionen des Arbeitsplatzes auszuführen, wenn diese den Vergleich handschriftlicher mittelalterlicher Quellentexte beinhalteten; das Hinzuziehen einer Arbeitsassistentin schaffe keine Abhilfe, wenn diese so eingesetzt werden müsste, dass die Arbeitsassistentin selbst wesentliche Funktionen des Arbeitsplatzes ausüben müsste.<sup>62</sup>

Die Begründungserwägung zur Rahmenrichtlinie weist lediglich darauf hin, dass die Festlegung wesentlicher Anforderungen des Arbeitsplatzes nicht selbst indirekt diskriminieren darf. Die Begrenzung angemessener Vorkehrungen durch wesentliche Funktionen des Arbeitsplatzes dient so auch dem Schutz davor, im Zuge von (angeblichen) Anpassungsmaßnahmen auf einen geringwertigen Arbeitsplatz versetzt zu werden.<sup>63</sup> Gerade im Bereich angemessener Vorkehrungen muss der Begriff der wesentlichen beruflichen Anforderungen eng ausgelegt werden; denn hier handelt es sich um eine Ausnahmegvorschrift zum Grundsatz der Gleichbehandlung<sup>64</sup>, während die Anpassungen die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gerade sicher stellen sollen. Das Recht auf angemessene Vorkehrungen ermöglicht es insofern auch, gegen unfreiwillige Ausschlüsse aus Kollektiven (wie zB. sozialen Sicherungssystemen) anzugehen, wenn die Anpassung an – faktisch ausgrenzende – Strukturen nicht gelingt.<sup>65</sup> Auch dies ist ein Argument dafür, die Festlegung bestimmter beruflicher Anforderungen in Hinblick darauf zu hinterfragen, inwiefern sie objektiv erforderlich sind.

### 3. Ergebnis: Ein Recht auf individualisierte Anpassung bei gesellschaftlichen Benachteiligungen

Der Grundidee angemessener Vorkehrungen liegt die Erkenntnis zugrunde, dass materielle Gleichbehandlung unter Einbeziehung der sozialen Realität nicht nur Differenzierungsverbote, sondern auch die Anerkennung von Verschiedenheit beinhalten muss.<sup>66</sup> Deshalb wird die Rechtsfigur angemessener Vorkehrungen auch treffend als ein »Recht auf Berücksichtigung der Differenz«<sup>67</sup> bezeichnet; Ziel wäre »*diversity*«. Zu kurz greift demnach die dog-

58 Fuerst (Fn.4), S. 107.

59 Fuerst (Fn.4), S. 100 ff. mit anschaulichen Beispielen.

60 2000/78/EG, Begr. (17).

61 M. Schmidt, in: Schiek (Fn. 4), § 8 Rn. 1.

62 LAG Hamm, 7.8.2012 – 10 Sa 916/12.

63 Leder (Fn. 12), S. 254.

64 M. Schmidt, in: Schiek (Fn. 4), § 8 Rn. 3; Brors, in: HK-AGG (Fn. 7), § 8 Rn. 3; Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 16), § 8 Rn. 10.

65 Bielefeldt (Fn. 11), S. 12.

66 Fuerst (Fn. 4), S. 85 ff.; Leder (Fn. 12), S. 241.

67 Fuerst (Fn. 4), S. 133.

matische Einordnung, nach der angemessene Vorkehrungen lediglich die Erfüllbarkeit einer Voraussetzung der allgemeinen Diskriminierungsverbote sicherstellen sollen<sup>68</sup>. Angemessene Vorkehrungen sollen den diskriminierenden Wirkungen gesellschaftlicher Praxis auch dadurch Rechnung tragen,<sup>69</sup> dass materielle Chancengleichheit durch eine proaktive Veränderung der für nicht-behinderte Menschen geschaffenen Rahmenbedingungen möglich wird.<sup>70</sup>

Auf einem solchen Verständnis aufbauend hat *Noah Zatz* 2009 einen Begründungsversuch unternommen, der das Gebot angemessener Vorkehrungen als allgemeines Grundprinzip des Diskriminierungsschutzes einordnet. Es gehe hier schließlich nicht darum, differenzierte Bedarfe und »diversity« als solche anzuerkennen, sondern um die Herstellung tatsächlicher Gleichbehandlung: Entscheidend seien die Umstände, die diese Bedarfe begründeten.<sup>71</sup> Beeinträchtigungen durch Behinderungen ergeben sich eben gerade auch aus strukturellen Bedingungen der Gesellschaft und insbesondere des Arbeitslebens<sup>72</sup> (*impairment* im Unterschied zu *disability*). Und letztlich gehe es im Diskriminierungsschutz generell darum, Benachteiligungen wegen einer (tatsächlichen oder angenommenen) Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe zu verhindern oder auszugleichen (*membership causation*). *Zatz* knüpft dabei an einer Debatte zur Begründung der Verantwortlichkeit von Unternehmen für mittelbare Diskriminierung<sup>73</sup> an. Im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung, wo es um die diskriminierende Zielrichtung gehe, sei bei der mittelbaren Diskriminierung wie bei den angemessenen Vorkehrungen die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nicht in dessen eigenen Entscheidungen, sondern in einem Verstoß gegen Sorgfalts- und Unterlassenspflichten begründet.

Daraus ergeben sich selbstverständlich unterschiedliche Vorbehalte, was die Rechtfertigung mit wirtschaftlichen Interessen und Unternehmerentscheidungen angeht: Ist die Benachteiligung außerhalb des Betriebes und nicht innerhalb entstanden, muss der Arbeitgeber sich nicht unter Verweis auf wesentliche Tätigkeitsanforderungen, sondern auch lediglich mit wirtschaftlicher Unzumutbarkeit entlasten können. Für die Fälle, in denen mit einer Vorkehrung und Anpassung besondere Kosten verbunden sind, bedarf es sozialpolitischer Entscheidungen über die Zuweisung von Kosten an externe Träger oder eben die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber.<sup>74</sup>

### III. Angemessene Vorkehrungen als allgemeines Prinzip des Diskriminierungsschutzes

Die Pflicht aus Art. 5 Rahmenrichtlinie bezieht sich auf das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung. (Nur) für dieses Merkmal besteht eine explizite unionsrechtliche Umsetzungspflicht des deutschen Gesetzgebers. *Bielefeldt* hat aber die Bedeutung der UN-BRK für den Menschenrechtsdiskurs auch schon gerade darin gesehen, dass sie mit den Regeln zu angemessenen Vorkehrungen Instrumente zur Durchsetzung von *diversity* enthält, die auf andere Mechanismen der Ausgrenzung übertragen werden könnten.<sup>75</sup> Schließlich will die UN-BRK keine »Spezialrechte« ausschließlich für behinderte Menschen schaffen, sondern lediglich der speziellen Perspektive dieser Menschen auf die allgemeinen Menschenrechte Rechnung tragen.<sup>76</sup> Entsprechend wird zunehmend diskutiert, welche Bedeutung ein Recht auf individualisierte angemessene Vorkehrungen außerhalb des Behindertenschutzes haben könnte.

#### 1. Spezielle Anforderungen an Vorkehrungen jenseits der Behindertendiskriminierung

##### a) Geschlechtsdiskriminierung und familiäre Sorgepflichten

Ein Recht auf Berücksichtigung von Differenz liegt auch der UN-Frauenrechtskonvention zu Grunde<sup>77</sup>, die den Vertragsstaaten (darunter Deutschland) in Art. 5 lit. a) ua. vorschreibt, Maßnahmen zur Beseitigung stereotyper Geschlechtsrollenbilder zu treffen. Für den Bereich der

68 So nämlich *Leder* (Fn. 12), S. 237.

69 *Bielefeldt* (Fn. 11), S. 9.

70 BVerfG, 8.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 296, 303; die Leistungen zur Teilhabe im SGB IX sind eine Umsetzung des verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbots in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG; *Welti*, SGB 2008, 321, 322.

71 *Zatz*, *Columbia Law Review* 109 (2009), 1357, 1390; die kritische Anmerkung von *Green*, *Columbia Law Review* 109 (2009), 107 ff. bezieht sich lediglich auf die Bewertung der Benachteiligung durch andere Beschäftigte.

72 *Welti*, SGB 2008, 321, 325; gegen die Berücksichtigung von Wechselwirkungen im Schwerbehindertenrecht allerdings *Luthe*, SGB 2007, 454, 455.

73 Vgl. etwa *Wank*, RdA 1985, 1, 21; ausführlich dazu *Wenckebach* (Fn. 7), S. 67 ff.

74 So für die Behindertendiskriminierung *Fuerst* (Fn. 4), S. 89.

75 *Bielefeldt* (Fn. 11), S. 16.

76 *Bielefeldt* (Fn. 11), S. 14.

77 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW), vom 3.9.1981.

Geschlechtergleichstellung geht sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch die des BVerfG davon aus, insbesondere das Antidiskriminierungsrecht dürfe nicht so ausgelegt werden, dass es typisierende Geschlechterrollen verfestigt.<sup>78</sup> Zudem gebietet Art. 3 Abs. 2 GG dem Gesetzgeber, gegen Benachteiligungen vorzugehen, die sich aus einer geschlechtsspezifischen Verteilung der Familienarbeit ergeben.<sup>79</sup>

Wegen der geschlechtsspezifischen gesellschaftlichen Zuweisungen von Erwerbs- und Sorgearbeit werden Regelungen zur Vereinbarkeit häufig in den Kontext des Geschlechtergleichbehandlungsrechts gestellt.<sup>80</sup> Hier ist aber darüber hinaus auf die Differenzierungsgebote hinzuweisen, die Art. 6 Abs. 1 GG enthält;<sup>81</sup> auch aus dieser Norm ergibt sich die Pflicht, Eltern rechtliche Lösungen von Vereinbarkeitskonflikten zu bieten und sicherzustellen, dass kein Familienmitglied aufgrund seiner Gebundenheit an die Familie Benachteiligungen erfährt.<sup>82</sup> Unionsrechtlich verpflichtet Art. 33 GRCharta die Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung des Unionsrechts den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie zu gewährleisten.<sup>83</sup>

In der US-amerikanischen Gesetzgebung wurde das Recht auf *reasonable accommodation* zwar zunächst für Menschen mit Behinderung entwickelt; der *Family and Medical Leave Act of 1993* erweiterte es jedoch bereits vor fast 20 Jahren durch Ansprüche auf Erhalt des Arbeitsplatzes nach schwangerschafts-, erziehungs- oder krankheitsbedingter Abwesenheit.<sup>84</sup> Und auch für Großbritannien ist ein Erfordernis angemessener Vorkehrungen insbesondere zur Herstellung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf für notwendig befunden worden.<sup>85</sup>

Aus dem deutschen Recht ist zB. auf den Anpassungsanspruch in § 6 Abs. 4 ArbZG hinzuweisen, der in einem gleichbehandlungsrechtlichen Zusammenhang entwickelt wurde und an die Stelle des diskriminierenden Nachtarbeitsverbots für Frauen<sup>86</sup> getreten ist. §§ 15 ff. BEEG<sup>87</sup> oder sogar § 8 TzBfG können ebenfalls in einem solchen Kontext interpretiert werden;<sup>88</sup> auch der Begründungszusammenhang dieser Ansprüche bezieht sich auf diskriminierende Strukturen der Arbeitswelt.<sup>89</sup> Zudem regelt das Bundesgleichstellungsgesetz (wie auch in aller Regel die Ländergleichstellungsgesetze) die Vereinbarkeit von Familie und Berufstätigkeit und sieht dafür sowohl Benachteiligungsverbote (§ 15 BGleiG) als auch Anpassungsansprüche für Eltern (§ 13 BGleiG) vor.<sup>90</sup>

## b) Religiöse Pflichten und Praktiken

In den USA geht man zwar seit längerem davon aus, dass *Title VII* des *Civil Rights Act* mit seinen Diskriminierungsverboten nicht auch gleichzeitig Pflichten zu angemessenen Vorkehrungen enthält. Hiervon gilt jedoch eine Ausnahme für die Religionsdiskriminierung, wo der Arbeitgeber individuelle angemessene Vorkehrungen zur Anpassung an religiöse Praktiken treffen muss, wenn ihm diese ohne unzumutbare Nachteile (*undue hardship*) möglich wären.<sup>91</sup> Dies betrifft zum Beispiel die Anpassung von Arbeitszeiten, damit auch Mitglieder religiöser Minderheiten als subjektiv verbindlich angesehene Gebetszeiten einhalten können.<sup>92</sup> Und die britische *Equality and Human Rights Commission* forderte noch im Juli 2011 die Ausdehnung einer Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen auf Fälle von Religions- und Glaubensnachteilen.<sup>93</sup> Die Kommission nennt insofern das Beispiel eines jüdischen Arbeitnehmers, der aus religiösen Gründen nicht am Samstag arbeiten könne.

78 EuGH, 19.3.2002 – C- 476/99 – Slg. 2002 I-2891 (Lommers), Rn. 41; BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 – BVerfGE 85, 191, Rn. 53 (Nachtarbeitsverbot); Zur Erforderlichkeit konventionsgemäßer Auslegung des Grundgesetzes siehe auch BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307.

79 Hohmann-Dennhardt, AuR 2010, 52, 54; ausführlich BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64; vgl. auch BVerfG, 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 – BVerfG. Hohmann-Dennhardt, AuR 2010, 52, 54; ausführlich BVerfGE 3, 225.

80 Erwägungsgründe (1) und (8) der Richtlinie zum Elternurlaub 2010/18/EG vom 8.3.2010; Kohte, in Düwell/Göhle-Sander/Kohte, Praxis-Kommentar Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Saarbrücken 2009, Kap. 2 Rn. 1 unter Verweis auf die ausdrückliche Erklärung der Kommission im aktuellen Bericht vom 27.2.2009. In der Lissabon-Strategie wird zudem der Zusammenhang zwischen Geschlechtergleichstellung und Sicherung der Beschäftigung betont; Nebe, jurisPR-Arbr 36/2009, Anm. 1.

81 Starck (Fn. 54), Art. 3, Rn. 19.

82 BVerfG, 17.1.1957 – 1 BvL 4/54 – BVerfGE 6, 55, 76; Vgl. auch Hohmann-Dennhardt, AuR 2010, 52, 54.

83 Kohte, Festschrift Pfarr, Baden-Baden 2011, S. 489, 494.

84 Fuerst (Fn. 4), S. 89 mwN.

85 Monaghan, in: European Human Rights Review, S. 2009, 512, 529.

86 BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, BVerfGE 85, 191, Rn. 53 (Nachtarbeitsverbot); EuGH 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991 (Stöckel) Seite I-4047.

87 Siehe auch die tariflichen Teilzeitanprüche nach § 11 TVöD/§ 11 TV-L.

88 Genauer auch schon Kocher, WSI-Mitt. 2007, 434 ff.

89 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum TzBfG, BT-DrS. 14/4374, 11; zum gleichstellungsrechtlichen Hintergrund auch Nassibil/Wenckebach/Zeibig, djbZ 2012, 111 ff.

90 Die Benachteiligungsverbote knüpfen dabei zu Recht nicht an das Geschlecht an, sondern an Beschäftigungsformen.

91 Fuerst (Fn. 4), S. 89 mwN.; Zatz, Columbia Law Review 109 (2009), 1428 ff.

92 Deinert, RdA 2007, 275, 279; Fredman (Fn. 8), S. 193.

93 Die »Equality Commission for Northern Ireland« empfiehlt insofern tatsächlich die Einführung einer allgemeinen vorbeugenden Pflicht (»anticipatory duty«) zu angemessenen Vorkehrungen in Hinblick auf alle diskriminierungsrechtlich geschützten Merkmale.

Wenn der Arbeitgeber dies einfach einrichten könne, müsse es hierauf einen Anspruch geben.<sup>94</sup>

Das deutsche Recht kennt solche Ansprüche bereits – allerdings im Begründungskontext der Religions- und Gewissensfreiheit. So hat das LAG Hamm schon 2002 aus der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers und der Religionsfreiheit einen grundsätzlichen Anspruch muslimischer Beschäftigter auf individuelle Gebetspausen hergeleitet.<sup>95</sup> Das BAG hält den Arbeitgeber nicht für berechtigt, den Beschäftigten Arbeit zuzuweisen, die diese in einen nachvollziehbar dargelegten, ernsthaften und unüberwindbaren Glaubenskonflikt brächte.<sup>96</sup> Auch hier entfällt die Verpflichtung »wenn [...] betriebliche Störungen verursacht werden«<sup>97</sup>.

## 2. Die Begründung von allgemeinen Unterlassungs- und Anpassungspflichten im Diskriminierungsschutz

Es fragt sich allerdings, ob es hierfür auch eine allgemeine Rechtsgrundlage gibt, die jenseits spezieller Regelungen Rechte auf angemessene Vorkehrungen enthält und insofern die freiheitsrechtlichen Gehalte des Diskriminierungsschutzes verwirklichen könnte.

### a) § 618 BGB und § 106 GewO als Rechtsgrundlagen für angemessene Vorkehrungen

Diese Frage stellt sich im deutschen Recht schon für die Umsetzung von Art. 5 Rahmenrichtlinie; denn eine explizite Norm hierzu fehlt im AGG.<sup>98</sup> Die Ansprüche aus § 81 SGB IX, die als Umsetzung in Betracht kämen,<sup>99</sup> kommen jedoch nur Menschen zugute, die als Schwerbehinderte eingestuft werden, obwohl angemessene Vorkehrungen europarechtlich für jeden behinderten Menschen vorgesehen werden müssen.<sup>100</sup> Bei § 84 Abs. 2 SGB IX wiederum handelt es sich lediglich um eine Verfahrensvorschrift.<sup>101</sup>

Es ist deshalb fraglich, ob die Vorgabe im deutschen Recht ausreichend umgesetzt ist.<sup>102</sup> In der Diskussion ist dies bislang in der Regel unter Hinweis auf allgemeine Rechtsgrundlagen bejaht worden; insbesondere § 106 GewO und § 618 BGB könnten so ausgelegt werden, dass sie zu europarechtskonformen Ergebnissen führen.<sup>103</sup>

Insbesondere § 106 GewO ist dabei in Rechtsprechung und Literatur so ausgelegt worden, dass sich unter bestimmten Voraussetzungen bei familiären Sorgepflichten einer Arbeitnehmerin der Ermessensspielraum der Arbeitgeberin

so reduzieren kann, dass sich ein bestimmtes Recht ergibt.<sup>104</sup> Auch für diejenigen Rechte auf angemessene Vorkehrungen, die das BAG aus der Religionsfreiheit herleitet, hat § 106 S. 1 GewO als Rechtsgrundlage gedient; danach muss der Arbeitgeber einen muslimischen Arbeitnehmer nach Möglichkeit so einsetzen, dass kein Glaubenskonflikt entsteht; die personenbedingte Kündigung ist nur rechtmäßig, wenn er nicht anderweitig eingesetzt werden kann.<sup>105</sup>

### b) Die Bedeutung des § 12 AGG

Möglicherweise gibt es aber bereits aus allgemeinen Normen des Diskriminierungsschutzes entsprechende allgemeine Anpassungspflichten. In Hinblick auf das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wurde bereits oben dargestellt, dass sich hieraus Unterlassungspflichten ergeben können. So ist bereits Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG interpretiert worden;<sup>106</sup> und für das arbeitsrechtliche Verbot der mittelbaren Diskriminierung gilt dasselbe.

Zatz hat darüber hinaus auf den Kontext weiterer gleichbehandlungsrechtlicher Sorgfalts- und Unterlassungspflichten hingewiesen.<sup>107</sup> Er konnte zeigen, dass der rechtliche

94 Die Erklärung findet sich auf <http://www.equalityhumanrights.com/news/2011/july/commission-proposes-reasonable-accommodation-for-religion-or-belief-is-needed/> (30.8.2012).

95 LAG Hamm, 26.2.2002 – 5 Sa 1582/01, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit.

96 BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09 (zu dieser Entscheidung siehe auch unten bei Fn. 105); siehe schon für die Gewissensfreiheit BAG, 20.12.1984 – 2 AZR 436/83 – BAGE 47, 363.

97 LAG Hamm, 18.1.2002 – 5 Sa 1782/01 – NJW 2002, 1970; ähnlich BAG, 20.12.1984 – 2 AZR 436/83 – BAGE 47, 363 und BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09 – AP Nr. 9 zu Art. 4 GG; vgl. auch BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, BAGE 103, 111–123 zu den Anforderungen an die Abwägung; zu dieser Rechtsprechung schon ausführlich Kocher, WSI-Mitt. 2007, 434 ff.; dies., ZfRSoz 31 (2010), 65 ff.

98 Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 79.

99 Schiek (Fn. 4), § 3 Rn. 81; Däubler, in: HK-AGG (Fn. 7), § 1 Rn. 79.

100 Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, München 2008, § 12, Rn. 2; Thüsing (Fn. 10), Rn. 358; eine Diskussion der Lösungsvorschläge des Umsetzungsdefizits bei Kocher, SuP 2011, 527 ff.

101 Genauer Nassibi, NZA 2012, 720 ff.; siehe auch Fuerst (Fn. 4), S. 136.

102 Stein (Fn. 100), § 12, Rn. 2; Schiek (Fn. 4), AGG, § 3, Rn. 79; Thüsing (Fn. 10), Rn. 358; Kocher, SuP 2011, 527 ff.; dies übersieht das BAG in seinem Urteil vom 27.1.2011 – 8 AZR 580/09.

103 Kohte, jurisPR-ArbR 21/2006 Anm. 4; Nassibi, NZA 2012, 720.

104 BAG, 23.9.2004 – 6 AZR 567/03 – NZA 2005, 359; LAG Rostock, 26.11.2008 – 2 Sa 217/08 – jurisPR ArbR 36/2009 mit Anm. Nebe, ausführlich auch Paschke, AuR 2012, 11 ff.

105 BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09 – AP Nr. 9 zu Art. 4 GG; siehe dazu schon Fn. 96.

106 Siehe dazu oben bei Fn. 54.

107 Siehe auch Leder (Fn. 12), 241; M. Schmidt, in: Schiek (Fn. 4), § 12 Rn. 2.

Schutz in den USA vor diskriminierenden Belästigungen durch Dritte (zB. Entleiher, Kundinnen, Kollegen) den gleichen Logiken folgt wie dem Gebot angemessener Vorkehrungen.<sup>108</sup> Und auch im deutschen Recht finden wir in § 12 Abs. 4 AGG eine Norm, die den Arbeitgeber dazu verpflichtet, bei Benachteiligung durch Dritte »die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen« – eine Formulierung, die geradezu modellhaft für einen Anspruch auf angemessene Vorkehrungen stehen könnte.<sup>109</sup>

Der Zusammenhang von Unterlassungsgeboten und Pflichten zu angemessenen Vorkehrungen geht aber über den Schutz vor Handlungen Dritter hinaus: Der präventive Charakter des § 12 Abs. 1 AGG deckt sich mit dem Anliegen angemessener Vorkehrungen, »die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes [...] zu gewährleisten« (Art. 5 Rahmenrichtlinie).<sup>110</sup> Die hier geregelte (allgemeine) arbeitgeberseitige Pflicht, »auch vorbeugende Maßnahmen« zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund eines verpönten Merkmals zu treffen, wird durch die Pflicht, vor Benachteiligungen durch andere Beschäftigte (§ 12 Abs. 3) oder Dritte (§ 12 Abs. 4) zu schützen, nur konkretisiert; ähnliches gilt für allgemeine vertrags- und deliktsrechtliche Schutzpflichten des Arbeitgebers für Leben, Gesundheit und Würde seiner Beschäftigten.<sup>111</sup> Mit dem Hinweis auf zu treffende Maßnahmen wird eine allgemeine arbeitgeberseitige Organisationspflicht statuiert; hier kann Unterlassen eine Haftung auslösen.

Zwar belässt auch § 12 AGG dem Arbeitgeber einen Ermessensspielraum, welche Maßnahmen er ergreift; der Anspruch der Beschäftigten ist lediglich auf die Ausübung rechtsfehlerfreien Ermessens durch den Arbeitgeber gerichtet.<sup>112</sup> Wenn allerdings nach objektiver Betrachtungsweise eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung des Arbeitgebers nur das Ergebnis haben kann, eine bestimmte Maßnahme zu ergreifen, kann sich ein Anspruch von Beschäftigten auf deren Durchführung ergeben.<sup>113</sup> Der Gesetzgeber selbst verweist auf die Ähnlichkeit zu dem früheren § 2 Abs. 1 Beschäftigtenschutzgesetz, an den § 12 AGG angelehnt sei.<sup>114</sup> Auch diese Norm, die 2006 durch das AGG abgelöst wurde, begründete einen individuellen Rechtsanspruch.<sup>115</sup> Bei genauerem Hinsehen entpuppt sich also auch § 12 AGG als Rechtsgrundlage für angemessene Vorkehrungen in Hinblick auf alle im § 1 AGG genannten Diskriminierungsgründe – insbesondere, aber nicht nur, in Hinblick auf behinderte Menschen.

### 3. Grenzen – am Beispiel Religion

Die britische *Equality and Human Rights Commission* hatte im Juli 2011 zwar eine Ausdehnung des Gebots angemessener Vorkehrungen auf Religionsdiskriminierung vorgeschlagen. Nach einer ausführlichen zivilgesellschaftlichen Debatte zog die Kommission den Vorschlag im Oktober 2011 jedoch bereits wieder zurück. Anlass für Vorschlag und Debatte waren zwei Fälle, die im September 2012 vor dem EGMR verhandelt werden und zu dem die Kommission eine Stellungnahme erarbeitete.<sup>116</sup> Einer der beiden Fällen betraf die Individualbeschwerde der Standsbeamtin *Lillian Ladele* gegen die Entscheidung der britischen Gerichte, eine Disziplinarstrafe ihres öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers für rechtmäßig zu erklären, die ihr erteilt worden war, weil sie sich unter Berufung auf ihren christlichen Glauben geweigert hatte, die Schließung homosexueller Partnerschaften nach dem *Civil Partnership Act* durchzuführen.<sup>117</sup> Im Unterschied zu anderen britischen Kommunen, die Beschäftigte bei religiösen Vorbehalten mit anderen Aufgaben betrauen (was auch in Islington ohne Verluste für die Effizienz der Betriebsabläufe möglich gewesen wäre), berief sich die Gemeinde Islington auf ihre »*Dignity for All*«-Politik von Gleichheit und Diversität, für die sie öffentlich einstehe und deren Umsetzung sie auch von allen Beschäftigten erwarte.

In Hinblick auf die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote sowie die entsprechenden Unterlassungsge-

108 Zatz, *Columbia Law Review* 109 (2009), 1357, 1387 ff.

109 Vgl. konkret zu den Rechtsfolgen auch BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, Rn.68 – DB 2008, 529; Mobbing – Schmerzensgeld – Entlassung des Störers; BAG, 9.6.2011 – 2 AZR 323/10 (sexuelle Belästigung).

110 Buschmann, in: HK-AGG (Fn. 7), § 12, Rn. 6. Auch Bauer/Göpfert/Krieger, AGG (Fn. 16), § 12, Rn. 2 bewerten § 12 AGG als Umsetzung von Art. 5 der RL 2000/78/EG im Zusammenspiel mit § 81 IV SGB IX.

111 Thüsing (Fn.10), Rn. 684; zur strafrechtlichen Bedeutung dieser Schutzpflichten siehe BGH, 20.10.2011 – 4 StR 71/11 – JZ 12, 967 (strafbare Beihilfe durch Unterlassen eines Vorgesetzten wegen tätlicher Belästigungen eines Behinderten), dazu Ladiges in diesem Heft, S. 29 ff.

112 Buschmann, in: HK-AGG 2008-(Fn. 7), § 12, Rn. 11; Suckow, in: Schleiener/Suckow/Voigt (Fn. 34), § 12 Rn. 46.

113 Vgl. BAG, 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, Rn. 68 – DB 2008, 529.

114 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1780, 37.

115 Dazu Schlachter, NZA 2001, 121 ff.

116 Zur Debatte siehe auf der Website des Kommission <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/human-rights-legal-powers/legal-intervention-on-religion-or-belief-rights/> (3.8.2012).

117 Siehe oben Fn.2. Ein Parallellfall war der von Gary McFarlane (no. 36516/10), der sich als Angestellter einer Organisation, die sexuelle und Eheberatung durchführt, geweigert hatte, homosexuelle Paare zu beraten.

bote und daraus entstehende Pflichten dürfte es kaum ausreichen, schlicht darauf hinzuweisen, dass die Beschäftigten mit dem Arbeitgeber auch eine Einschränkung ihrer religiösen Freiheiten gewählt hatten.<sup>118</sup> Vielmehr bedarf es sowohl unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Diskriminierung<sup>119</sup> als auch für eine etwaige Handlungspflicht zur Prävention von Diskriminierung konkreter Gründe, um eine Weigerung des Arbeitgebers, den Arbeitsplatz anzupassen, rechtlich rechtfertigen zu können.

Und hier zeigt der Fall, dass die Fragen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, die der Begriff der »Unzumutbarkeit« oder der »entgegen stehenden betrieblichen Interessen« im Fall der angemessenen Vorkehrungen aufwirft, nicht allein auf Fragen der Unternehmerfreiheit in wirtschaftlicher Hinsicht zu reduzieren sind. Fragen der »Unzumutbarkeit« oder – in anderen Kontexten – »(dringende) betriebliche Interessen« sind insofern nicht nur Fragen nach alternativen Optionen, die der Arbeitgeberin faktisch und wirtschaftlich zur Verfügung stehen; es handelt sich auch um eine Frage der Entscheidungsfreiheit in Hinblick auf die normativen Grundlagen des eigenen Handelns. Es muss gerade dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber erlaubt sein, sich explizit zu den Zielen der Gleichbehandlung und Diversität zu bekennen. Oder, wie das BAG es für den Fall der Religionsausübung formuliert hat: »Etwas anderes kann gelten, wenn entgegengesetzte Grundrechte oder Verfassungsaufträge – sei es auch nur vorübergehend – ein Hintanstellen der Glaubensüberzeugungen geboten erscheinen lassen.«<sup>120</sup> Und dies gilt auch für Privatunternehmen – wenn und soweit eine entsprechende Wertorientierung zur konsequent durchgeführten unternehmerischen Praxis geworden ist.

#### IV. Fazit

Zu Recht wird insbesondere im Vereinigten Königreich und den USA seit einiger Zeit diskutiert, ob nicht das Recht auf angemessene Vorkehrungen auf alle Diskriminierungsmerkmale auszudehnen sei. Dabei geht es zB. um Rechte auf Arbeitsbedingungen, die eine Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und Sorgearbeit angepasst für die Bedingungen der individuellen Person gewährleisten (Geschlecht und Familie<sup>121</sup>), um den wirksamen Schutz vor rassistischer Belästigung am Arbeitsplatz (Rasse und ethnische Herkunft) oder um die Ermöglichung einer Erfüllung religiöser Pflichten am Arbeitsplatz (Religion und Weltanschauung).

Bei genauerem Blick gibt es solche Rechte jedoch bereits im geltenden deutschen Recht: Zum einen können sich aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung Pflichten des Arbeitgebers zur Unterlassung und Vermeidung struktureller Diskriminierung ergeben. Noch deutlicher sind solche Präventions- und Unterlassungsgebote aber in § 12 AGG geregelt, der auch individualisierte Anpassungsansprüche zu begründen vermag. Die Norm dürfte nicht nur in vielen Fällen den Rückgriff auf eine verfassungskonforme Auslegung des § 106 GewO erübrigen, sondern erstreckt sich auf Fälle, in denen es nicht lediglich um Ermessensentscheidungen im Rahmen des Direktionsrechts geht.

Die Fälle der Anpassung in Hinblick auf religiöse Praktiken machen dabei einerseits deutlich, wie eng diese Rechte mit den freiheitsrechtlichen Aspekten des Diskriminierungsschutzes verbunden sind – letztlich geht es auch im Antidiskriminierungsrecht um die Gewährleistung gleicher Freiheiten. Auf der anderen Seite werfen diese Fälle die dringende Frage nach den Kriterien und Grenzen für angemessene Vorkehrungen auf.<sup>122</sup> Sie machen insbesondere deutlich, dass die individuellen Freiheits- und Gleichbehandlungsrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht nur in potenzieller Konkurrenz zu wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers geraten können; vielmehr sind hier auch Fragen des Verhältnisses der Freiheitsrechte unterschiedlicher Personen zu entscheiden.

Man wird abwarten müssen, ob der EGMR anlässlich des Falls »Ladele«<sup>123</sup> hierfür geeignete Kriterien finden kann. Von Bedeutung könnte hier eine Rückbesinnung auf die Zielsetzungen sein, die letztlich mit den Diskriminierungsverboten verfolgt werden: Es geht um Vielfalt und Gleichbehandlung als Ausdruck des Respekts vor der Differenz. Ein Unternehmen, das sich als »corporate citizen« diesen verfassungs- und europarechtlichen Werten glaubwürdig verschreibt, muss auch seine Beschäftigten wirksam auf diese Ziele verpflichten dürfen.

118 In diese Richtung ging aber lange Zeit die Auslegung zu Art. 9 EMRK (vgl. die von der Equality and Human Rights Commission (siehe oben Fn. 116) zitierten Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte).

119 Unter diesem Aspekt war die Frage im vorliegenden Fall von den britischen Gerichten diskutiert worden.

120 BAG, 24.2.2011 – 2 AZR 636/09; siehe dazu schon oben bei Fn. 96.

121 Einige Rechtsordnungen (zB. die spanische, siehe Urteil des Spanischen Verfassungsgerichtshofs STC 26/2011 vom 14.3.2011) kennen auch ein Verbot der Diskriminierung aus familiären Gründen.

122 Diese Zweifel spielten in der Anhörung der britischen Equality and Human Rights Commission eine große Rolle (siehe oben Fn.116).

123 Vgl. Fn. 2.