

Ist das Berliner Neutralitätsgesetz mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vereinbar?

Expertise im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen
Diskriminierung in Berlin

Berlin, 6. Oktober 2008

Prof. Dr. Susanne Baer, LL.M.

Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

Dr. Kirsten Wiese

Berlin

Gliederung

1	Begriffsklärung und Zusammenfassung	4
2	Fragestellung und Gang der Argumentation	4
2.1	Notwendigkeit einer gleichheitsrechtlichen Prüfung	4
2.2	Gang der Argumentation	7
3	Rechtsgrundlagen	7
3.1	Das Berliner Neutralitätsgesetz	7
3.2	Antidiskriminierungsrecht als Prüfungsmaßstab	10
3.2.1	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	10
3.2.1.1	Europarechtlicher Maßstab für die Auslegung des AGG	11
3.2.1.2	Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Auslegung des AGG	13
3.2.1.3	Vorrang des AGG vor dem Neutralitätsgesetz	14
3.2.2	EU-Recht	16
3.2.3	Verfassungsrecht	17
3.2.4	Europäische Menschenrechtskonvention	18
3.2.5	Landesbeamtengesetz	19
3.2.6	Zusammenfassung	20
4	Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem AGG	20
4.1	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des AGG	20
4.2	Anwendungsbereich des Neutralitätsgesetzes	20
4.3	Die Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem AGG hinsichtlich der Lehrkräfte	21
4.3.1	Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung	21
4.3.2	Unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion	22
4.3.2.1	Vorliegen einer unmittelbaren Benachteiligung	22
4.3.2.2	Rechtfertigung	26
4.3.2.2.1	„Wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderung ...	27
4.3.2.2.2	Rechtmäßiger Zweck	31
4.3.2.2.2.1	Wahrung des Schulfriedens und Neutralitätsgebot als rechtmäßige Zwecke	31
4.3.2.2.2.2	Negative Religionsfreiheit der Schüler und Schülerinnen als rechtmäßiger Zweck	36
4.3.2.2.3	Angemessene Anforderung	37
4.3.2.2.4	Ergebnis der Rechtfertigungsprüfung	43

4.3.3	Mittelbare Benachteiligung bezüglich der Religion.....	44
4.3.3.1	Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung.....	44
4.3.3.2	Rechtfertigung	49
4.3.4	Benachteiligung wegen des Geschlechts	50
4.3.5	Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft.....	54
4.3.6	Ergebnis hinsichtlich der Lehrkräfte	55
4.4	Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem AGG hinsichtlich Erziehern und Erzieherinnen	55
4.4.1	Benachteiligung aufgrund der Religion	56
4.4.2	Rechtfertigung.....	56
4.5	Exkurs: Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetz mit dem AGG hinsichtlich Polizisten und Polizistinnen	58
5	Empfehlungen an den Gesetzgeber.....	60

1 Begriffsklärung und Zusammenfassung

Die Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung in Berlin hat uns gebeten, das Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin (BLNVerf) und zur Änderung des Kindertragesbetreuungsgesetzes vom 27. Januar 2005 vor dem Hintergrund des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) rechtlich zu überprüfen. Das Gesetz ist in der öffentlichen Diskussion als Neutralitätsgesetz bezeichnet worden¹, so dass wir diesen Begriff auch in der folgenden Untersuchung verwenden. Nach Prüfung der einschlägigen einfachgesetzlichen, verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorschriften sowie des vorhandenen Datenmaterials kommen wir zu dem Ergebnis, dass erhebliche Argumente für eine Änderung der Berliner Rechtslage sprechen. Das Neutralitätsgebot hinsichtlich religiöser Kleidung in bestimmten Bereichen des öffentlichen Dienstes ist im Lichte des AGG unangemessen strikt gefasst, so dass die Benachteiligung bestimmter Religionsangehöriger sowie die mittelbare Benachteiligung von Frauen durch die pauschale Regelung nicht zu rechtfertigen ist. Für eine Veränderung der Rechtslage spricht zudem, dass heute Erkenntnisse über die tatsächlichen Wirkungen des Neutralitätsgesetzes auch auf den privaten Arbeitsmarkt vorliegen, die gegen eine Beibehaltung der bisherigen Normen sprechen.

2 Fragestellung und Gang der Argumentation

Das durch das Neutralitätsgesetz ausgesprochene Verbot, religiöse und weltanschauliche Symbole und Kleidung in wesentlichen Teilen des Berliner öffentlichen Dienstes zu tragen, berührt mehrere und mehrdimensionale rechtliche Fragen und Regelungen.

2.1 Notwendigkeit einer gleichheitsrechtlichen Prüfung

Bisher ist das Tragen religiöser Symbole und Kleidung vor allem unter den Gesichtspunkten von Religionsfreiheit, Neutralitätsgebot und schulischem

¹ Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Plenarprotokoll 15/62 vom 20. Januar 2005, S. 5175; die tageszeitung (taz) 11.2.2008; Berliner Zeitung 9.2.2008.

Erziehungsauftrag diskutiert worden. Seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von 2003² gelten diese Aspekte in der Rechtsprechung – trotz massiver Kritik an diesem Urteil in der Literatur³ – als einigermaßen geklärt. Die Gerichte nehmen überwiegend an, dass die Bundesländer das Tragen religiöser Symbole und Kleidungsstücke verbieten dürfen, um zum Beispiel den Schulfrieden und die Neutralität des Staates präventiv zu wahren.⁴ Dabei haben die mit dem Kopftuch befassten Gerichte auch gleichheitsrechtliche Aspekte in den Blick genommen,⁵ sich damit jedoch nicht vertieft befasst.⁶ So hat das Bundesverfassungsgericht bislang staatliche Maßnahmen, die an die Religion anknüpfen, kaum nach Art. 3 Abs. 2 und 3 und Art. 33 Abs. 3 GG beurteilt, sondern maßgeblich nach Art. 4 GG ggf. i. V. m. Art. 3 GG.⁷ Die Frage, ob und inwieweit ein Verbot religiöser Kleidung und Symbole im öffentlichen Dienst zu einer unzulässigen Benachteiligung der Betroffenen und zu einem Verstoß gegen Vorschriften, die vor solcher Benachteiligung schützen, führen kann, verdient schon deshalb mehr Aufmerksamkeit.

Dazu kommt, dass mit der Verabschiedung des bundesgesetzlichen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahre 2006 ein weiterer wichtiger Schritt in der Entwicklung von Antidiskriminierungsrecht gegangen worden ist. Es ist nach Verkündung des Neutralitätsgesetzes in Kraft getreten. Mittlerweile liegen erste

² BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 3111.

³ Vgl. u. a. Ute Sacksofsky, NJW 2003, 3297ff.; Kirsten Wiese: Lehrerinnen mit Kopftuch. Zur Zulässigkeit eines religiösen und geschlechtsspezifischen Symbols im Staatsdienst, Diss. 2008 (im Erscheinen); auch Susanne Baer/Michael Wrase, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2005, 243ff.

⁴ So zuletzt Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg, Urteil vom 14.3.2008, Aktenzeichen (Az.) 4 S 516/07; Verwaltungsgericht (VG) Gelsenkirchen, Urteil vom 27.2.2008, Az. 1 K 1466/07; Hessischer Staatsgerichtshof (HessStGH), Urteil vom 10.12.2007, Az. P.St.2016; VG Aachen, Urteil vom 7.11.2007, Az. 1 K 323/07; VG Düsseldorf, Urteil vom 14.8.2007, Az. 2 K 1752/07; Arbeitsgericht (ArbG) Düsseldorf, Urteil vom 29.6.2007, Az. 12 Ca 175/05; VG Düsseldorf, Urteil vom 5.6.2007, Az. 2 K 6225/06; ArbG Herne, Urteil vom 7.3.2007, Az. 4 Ca 3415/06;

⁵ Vgl. z. B. VGH *Baden-Württemberg*, Urteil vom 14.3.2008, Az. 4 S 516/07, Urteilsabschrift S. 8; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 27.2.2008, Az. 1 K 1466/07, Rn. 49 f., zitiert nach Juris; ArbG Herne, Urteil vom 7.3.2007, Az. 4 Ca 3415/06, Urteilsabschrift S. 9.

⁶ Vgl. z. B. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 24.6.2006 = NJW 2004, 3581 ff. Die Ausführung über eine mögliche mittelbare Benachteiligung besteht dort aus einem Satz. Osterloh, in: Michael Sachs, Grundgesetzkommentar, 2007, 4. Aufl. (Sachs, GG, 2007), Art. 3 Rn. 301 geht anlässlich der Entscheidung des BVerfG zu Ludin und der nachfolgenden Diskussion davon aus, es zeichne sich ein Grundsatzstreit zur Bedeutung des Diskriminierungsverbotes ab.

⁷ Vgl. Osterloh, Sachs, GG, 2007, Art. 3 Rn. 301; Osterloh sieht aber in dem Ludin-Urteil des BVerfG insofern eine Richtungsänderung.

Rechtsprechung⁸ und Literatur zum AGG vor, die Aussagen über die Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit diesem Gesetz erlauben. Auch deshalb ist eine Überprüfung der Kompatibilität zwischen Neutralitätsgesetz und sonstigem Antidiskriminierungsrecht geboten.

Schließlich entspricht es der Intention des Berliner Gesetzgebers, Gleichheitsaspekte im Kontext des Neutralitätsgesetzes zu berücksichtigen. Das Neutralitätsgesetz nimmt den Maßstab der Antidiskriminierung ausweislich der Gesetzesbegründung auch, allerdings zum damaligen Zeitpunkt eher eingeschränkt, in den Blick. So hatte der Gesetzgeber die Absicht, der Gefahr einer Benachteiligung von verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften vorzubeugen, die einer im Einzelfall notwendigen Prognoseentscheidung eigen wäre.⁹ Zudem entnahm der Gesetzgeber aus Art. 3 Abs. 1 GG eine Pflicht, das Verbot über den Bereich der Schule hinaus auf andere Bereiche auszudehnen.¹⁰ In die zentrale Güterabwägung hat er das Gleichbehandlungsgebot aber nicht einbezogen. Vielmehr waren die Regelungen im Neutralitätsgesetz „das Ergebnis einer Abwägung der Verfassungsgüter der Freiheit des Glaubens, des Gewissens und der Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses der Beschäftigten mit dem verfassungsrechtlichen Gebot zu staatlicher Neutralität im Bereich von Religion und Weltanschauung“¹¹.

In der Literatur wird die Erwartung geäußert, dass eine Prüfung von Kopftuchverboten am Antidiskriminierungsrecht zu anderen Ergebnissen führe, als Rechtsprechung und Literatur in Deutschland bislang bei einer Prüfung am Grundgesetz mehrheitlich gefunden haben. So geht die Rechtswissenschaftlerin Dagmar Schiek beispielsweise davon aus, dass der Diskriminierungsschutz – anders als die Religionsfreiheit – keine Abwägung mit gegenläufigen Freiheiten

⁸ Zur Rechtsprechung zum AGG und Kopftuch s. oben Fußnote 4; zum AGG und ethnischer Herkunft u. a. Landesarbeitsgericht (LAG) Hamburg, Urteil vom 9.11.2007, Az. H 3 Sa 102/07; VG Düsseldorf, Urteil vom 2.10.2007, Az. 2 K 2070/07; zum AGG und Geschlecht u. a. VG Stuttgart, Urteil vom 28.4.2008; Az. 12 K 2264/07; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.12.2008, Az. 6 Sa 522/07.

⁹ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 7.

¹⁰ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 7.

¹¹ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 5.

anderer erlaube.¹² Auch deshalb ist eine systematische Überprüfung der Rechtslage angebracht. Ein vertiefter gleichheitsrechtlicher Blick auf das Gesetz könnte zu einer veränderten Sichtweise führen. Zudem ist das Neutralitätsgesetz gut drei Jahre in Kraft, weshalb nunmehr erste Erfahrungen mit der Umsetzung in gesetzgeberische Überlegungen Eingang finden können. Insbesondere hat die Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung, Berlin Erfahrungen von Musliminnen mit Kopftuch auf dem privaten Arbeitsmarkt und im öffentlichen Dienst zusammengestellt¹³, die eine erste Einschätzung dessen ermöglichen, inwieweit der Gesetzesvollzug mit dem heutigen Standard von Antidiskriminierungsschutz vereinbar ist.

2.2 Gang der Argumentation

Im Folgenden wird zunächst das Neutralitätsgesetz (3.1) dargestellt. Sodann wird das System des in Deutschland geltenden Antidiskriminierungsrechts in den Blick genommen. Denn das AGG ist nur ein – wenn auch wesentlicher – Teil eines in Deutschland geltenden und aus einfachgesetzlichen, verfassungs-, europa-, und völkerrechtlichen Vorschriften bestehenden Antidiskriminierungsrechts (3.2). Danach wird das Neutralitätsgesetz auf seine Vereinbarkeit mit dem AGG überprüft (4), wobei auch die Wirkungen und Nebenwirkungen des Neutralitätsgesetzes im öffentlichen Dienst, im Ausbildungssektor und auf dem privaten Arbeitsmarkt eine Rolle spielen. Abschließend werden auf Grundlage der so erzielten Ergebnisse Empfehlungen an den Gesetzgeber formuliert (5.)

3 Rechtsgrundlagen

3.1 Das Berliner Neutralitätsgesetz

Das Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Art. 29 BLNVerf und zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes ist am 9. Februar 2005 in Kraft getreten.¹⁴

¹² Schiek, in: Dagmar Schiek, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007 (Schiek, AGG, 2007), § 4 Rn. 11; vgl. auch Schiek, *Industrial Law Journal*, Vol. 33, 2004, 68 (71ff.); *Silke Laskowski*, *Kritische Justiz (KJ)* 2003, 420ff. geht in ihrem Aufsatz zum Streit um das Kopftuch der Frage nach, „warum das Diskriminierungsverbot wegen der Religion nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird“.

¹³ Vgl. Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung/Der Beauftragte des Senats für Integration und Migration (2008), *Mit Kopftuch außen vor?*, Schriften der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung Nr. 2, 2008 („Mit Kopftuch außen vor?“ 2008).

¹⁴ Gesetzes- und Verordnungsblatt für Berlin, 8. Februar 2005, S. 92.

Artikel 1 dieses Gesetzes enthält das Gesetz zu Art. 29 BLNVerf mit folgenden Vorschriften:

„Präambel

Alle Beschäftigten genießen Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses. Keine Beschäftigte und kein Beschäftigter darf wegen ihres oder seines Glaubens oder ihres oder seines weltanschaulichen Bekenntnisses diskriminiert werden. Gleichzeitig ist das Land Berlin zu weltanschaulich-religiöser Neutralität verpflichtet. Deshalb müssen sich Beschäftigte des Landes Berlin in den Bereichen, in denen die Bürgerin oder der Bürger in besonderer Weise dem staatlichen Einfluss unterworfen ist, in ihrem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis zurückhalten.

§ 1

Beamtinnen und Beamte, die im Bereich der Rechtspflege, des Justizvollzugs oder der Polizei beschäftigt sind, dürfen innerhalb des Dienstes keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren, und keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägten Kleidungsstücke tragen. Dies gilt im Bereich der Rechtspflege nur für Beamtinnen und Beamte, die hoheitlich tätig sind.

§ 2

Lehrkräfte und andere Beschäftigte mit pädagogischem Auftrag in den öffentlichen Schulen nach dem Schulgesetz dürfen innerhalb des Dienstes keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren, und keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägten Kleidungsstücke tragen. Dies gilt nicht für die Erteilung von Religions- und Weltanschauungsunterricht.

§ 3

§ 2 Satz 1 findet keine Anwendung auf die beruflichen Schulen im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 des Schulgesetzes sowie auf Einrichtungen des Zweiten Bildungswegs im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 des Schulgesetzes. Die oberste Dienstbehörde kann für weitere Schularten oder für Schulen besonderer pädagogischer Prägung Ausnahmen zulassen, wenn dadurch die weltanschaulich-religiöse Neutralität der öffentlichen Schulen gegenüber Schülerinnen und Schülern nicht in Frage gestellt und der Schulfrieden nicht gefährdet oder gestört wird.

§ 4

Für Beamtinnen und Beamte im Vorbereitungsdienst und andere in der Ausbildung befindliche Personen können Ausnahmen von den §§ 1 und 2 zugelassen werden. Die beamtenrechtliche Entscheidung trifft die Dienstbehörde, die Entscheidung in den übrigen Fällen die jeweils zuständige Personalstelle.

§ 5

Für Angestellte und Auszubildende der Berliner Verwaltung, die in den in § 1 genannten Bereichen tätig sind, gilt § 1 entsprechend.“

Durch Artikel 2 dieses Gesetzes werden in § 7 des Kitabetreuungsgesetzes (KitaG) folgende Absätze eingefügt:

„(5) Das Personal von Tageseinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft soll bei Erfüllung seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 1 auf die weltanschaulich-religiöse Neutralität achten.

(6) Wenn die Erziehungsberechtigten eines Kindes unter ernsthafter Berufung auf ihre negative Glaubensfreiheit ausdrücklich wünschen, dass das für die Betreuung dieses Kindes zuständige Betreuungspersonal einer Tageseinrichtung in öffentlicher Trägerschaft keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren, oder keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägten Kleidungsstücke trägt, findet zunächst ein Vermittlungsgespräch zwischen den Erziehungsberechtigten und dem Betreuungspersonal statt. Sollten die Erziehungsberechtigten ihren Wunsch nach dem Vermittlungsgespräch aufrechterhalten, ist dem zu entsprechen. Dies kann auch durch organisatorische Veränderungen in der Tageseinrichtung oder im Bereich des öffentlichen Trägers geschehen.“

Zusammenfassend gilt in Berlin nach dem Gesetz zu Art. 29 der Verfassung von Berlin und dem reformierten Kindertagesbetreuungsgesetz **ein Verbot, sichtbare religiöse und weltanschauliche Kleidungsstücke und Symbole zu tragen** für

- Angestellte, Beamte und Beamtinnen, die im Bereich der Rechtspflege hoheitlich tätig werden, im Justizvollzug oder bei der Polizei arbeiten;
- Lehrkräfte, sofern sie nicht an beruflichen Schulen oder Schulen des zweiten Bildungsweges arbeiten;
- Erzieherinnen in Tageseinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft, sofern die Erziehungsberechtigten das ausdrücklich wünschen
- sowie grundsätzlich auch für Beamte und Beamtinnen im Vorbereitungsdienst und andere sich in der Ausbildung befindliche Personen, wobei Ausnahmen zugelassen werden können.

3.2 Antidiskriminierungsrecht als Prüfungsmaßstab

Antidiskriminierungsrecht findet sich in Deutschland in mehreren Rechtsgrundlagen, die zudem stark europarechtlich geprägt sind. Dazu gehören seit langem Vorschriften u. a. zur Gleichstellung im Geschlechterverhältnis, aber auch zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (z. B. Barrierefreiheit). Einfachgesetzlich wird Antidiskriminierungsschutz in Deutschland insbesondere durch das am 18. August 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vermittelt. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, ob und inwieweit das AGG (3.2.1) sowie die weiteren antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen, und zwar des EU-Rechts (3.2.2), des Grundgesetzes (3.2.3), der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) (3.2.4) und des Landesbeamtengesetzes (3.2.5), für das Neutralitätsgesetz Prüfungsmaßstab sind.

3.2.1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Das AGG verbietet u. a. im Bereich der Erwerbsarbeit Benachteiligungen u. a. aus Gründen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts und der Religion, die nicht gerechtfertigt werden können. Erfasst sind sowohl unmittelbare (§ 3 Abs. 1 AGG) als auch mittelbare Benachteiligungen (§ 3 Abs. 2 AGG). Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines der genannten Gründe kann gerechtfertigt sein, wenn der Grund eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt (§ 8 AGG). Zudem ist eine mittelbare Benachteiligung ausgeschlossen, wenn sie zum Erreichen eines rechtmäßigen Zieles unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sachlich gerechtfertigt ist (§ 3 Abs. 2 AGG).

Das AGG gilt in persönlicher Hinsicht für Angestellte im öffentlichen Dienst, die dort zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten und für Bewerberinnen und Bewerber (§ 6 Abs. 1 AGG). Desgleichen ist das AGG auch für Landesbeamte und -beamtinnen, Landesrichter und -richterrinnen anwendbar, allerdings „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung“ (§ 24 AGG). Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes erstreckt sich u. a. auf Auswahlkriterien, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen (§ 2 AGG).

Somit liegt das im Neutralitätsgesetz enthaltende Verbot für Angestellte, Beamte und Beamtinnen, die im Bereich der Rechtspflege, im Justizvollzug oder bei der Polizei arbeiten, für Lehrkräfte und Erzieher/-innen, im Dienst religiös-weltanschauliche Kleidung und Symbole zu tragen, im persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Insofern es sich sowohl um eine Bedingung der Einstellung als auch der Beschäftigung handelt, liegt es zugleich im sachlichen Anwendungsbereich des AGG.

3.2.1.1 Europarechtlicher Maßstab für die Auslegung des AGG

Das AGG setzt europäisches Recht – die Antidiskriminierungs-Richtlinien – um. Für die Auslegung des AGG ist wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts¹⁵ das EU-Recht maßgeblich. Zum EU-Recht gehören das primäre – der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) – und das sekundäre – Verordnungen und Richtlinien – Gemeinschaftsrecht. Bestandteil des maßgeblichen EU-Rechts sind zudem die Gemeinschaftsgrundrechte. Gemäß Art. 6 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) achtet die Union insbesondere die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) gewährleistet sind. Bei der Auslegung der Gemeinschaftsgrundrechte folgt der Europäische Gerichtshof (EuGH) sehr oft der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).¹⁶ Dazu kommen die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergebenden allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Sie sind nicht zuletzt in der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“¹⁷ vom 7. Dezember 2000 niedergelegt worden, die zwar bislang formell nicht rechtsverbindlich ist¹⁸, aber in der Rechtspraxis des EuGH durchaus berücksichtigt wird. Zwar gilt der europäische Grundrechtsschutz nur gegenüber den Organen und Rechtsakten der Europäischen Union. Doch sind die

¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1269f.) – Costa/ENEL; st. Rspr.; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Bd. 73, 339 (375) – Solange II; 75, 223 (244).

¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 – Familiapress; EuGH, Rs. C-7/98, Slg. 2000, I-1935 – Krombach; st. Rspr.; Laskowski, KJ 2003, S. 420 (442 ff.).

¹⁷ Parlament/Rat/Kommission, Charta der Grundrechte der EU, ABIEG 2000, Nr. C 364/1.

¹⁸ Vgl. aber Art. 6 des Vertrages von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007.

Gemeinschaftsgrundrechte auch bei der Auslegung des nationalen Rechts durch den EuGH oder die nationalen Gerichte anwendbar, soweit das nationale Recht EU-Richtlinien umsetzt.

Für die Frage, ob das Neutralitätsgesetz mit Antidiskriminierungsrecht vereinbar ist, sind bestimmte Gemeinschaftsgrundrechte besonders bedeutsam.

Insbesondere ist es der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf selbst, den der EuGH zuletzt in der Rechtssache Mangold hervorgehoben hat.¹⁹ Dieser Grundsatz wird durch den von Deutschland im April 2008 ratifizierten Vertrag von Lissabon²⁰ noch verstärkt. In diesem Vertrag verpflichtet sich die Europäische Union bereits in Art. 1a auf die Werte von Gleichheit und Nicht-Diskriminierung. In Art. 2 dieses Vertrages erklärt die Europäische Union zudem die Bekämpfung von Diskriminierung als ihr Ziel. Auch sind hier die Gemeinschaftsgrundrechte der Religionsfreiheit und der Berufsfreiheit relevant. Beide Freiheiten hat der EuGH als Gemeinschaftsgrundrechte anerkannt.²¹

Als Sekundärrecht sind für die Prüfung des Neutralitätsgesetzes am Maßstab des AGG insbesondere folgende Richtlinien relevant:²²

- 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S. 22);

¹⁹ Zuletzt EuGH, Rs. C-144/04, Rn. 75f. – Mangold; für einen Überblick über die gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote s. Hinrichs, in: Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar, 2. Aufl., 2008 (Däubler/Bertzbach, AGG, 2008), § 2 Rn. 173 ff.

²⁰ Vgl. Bundestags (BT) - Plenarprotokoll 16/157, BT Drs. 16/8300, 16/8917. Das für den 1. Januar 2009 vorgesehene Inkrafttreten des Vertrages – s. Art. 6 der Schlussbestimmungen dieses Vertrages – ist aber durch das ablehnende Referendum in Irland in Frage gestellt worden.

²¹ Vgl. zur Religionsfreiheit EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 – Prais, umstritten ist allerdings, ob der EuGH die Religionsfreiheit hier ausdrücklich als Gemeinschaftsgrundrecht anerkennt oder ob er nur die Pflicht anerkennt, bei Auswahlverfahren auf religiöse Belange der Bewerber Rücksicht zu nehmen. Vgl. zur Berufsfreiheit EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 14 – Nold; Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-04973, Rn. 78ff. – Deutschland/Rat – Bananen.

²² Darüber hinaus wird durch das AGG auch die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG Nr. L 373 S. 37) umgesetzt. Sie spielt aber für die hier durchgeführte Untersuchung keine Rolle. Die Kommission plant gegenwärtig zudem eine neue Antidiskriminierungsrahmenrichtlinie für Bereiche außerhalb des Arbeitslebens, Legislativ- und Arbeitsprogramm der Kommission, KOM(2007) 640 endg. vom 23.10.2007. Dieses Vorhaben wird vom Europäischen Parlament begrüßt, s. Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (2007/2094(INI)), A6-0278/2007, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0278+0+DOC+PDF+V0//DE>.

- 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S. 16);
- 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 S. 15).²³

Diese Richtlinien schützen bei der Erwerbsarbeit u. a. vor Diskriminierungen wegen der Religion (Art. 1 i. V. m. Art. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 lit. a) – c) der Richtlinie 2000/78/EG), wegen der ethnischen Herkunft (Art. 1 i. V. m. Art. 2 i. V. m. Art. 3 lit. a) – c) der Richtlinie 2000/43/EG) und wegen des Geschlechts (Art. 2 – 5 der Richtlinie 76/207/EWG i. V. m. 2002/73/EG).

Prozessual ist zu beachten, dass die Auslegung des AGG am Maßstab des EU-Rechts letztverbindlich dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) obliegt (Art. 234 Abs. 1 lit. b EGV). Dagegen ist eine Vorlage an das BVerfG unzulässig, soweit es für die Auslegung des AGG auf Gemeinschaftsrecht ankommt.²⁴

3.2.1.2 Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Auslegung des AGG

Da das AGG EU-Recht umsetzt, kommt es für die Auslegung des AGG nur in sehr beschränktem Maße auf das Grundgesetz (GG) bzw. auf die Berliner Landesverfassung an. Denn dem EU-Recht kommt auch gegenüber den nationalen Grundrechten der Vorrang zu.²⁵ Dieser Vorrang des EU-Rechts ist gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG nur ausgeschlossen, sofern das EU-Recht den

²³ Inzwischen fasst die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen mehrere ältere Richtlinien zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen zusammen. Die Richtlinie ist seit August 2006 in Kraft (Art. 35). Die Richtlinie 76/207/EWG wird aber erst am 15. August 2009 aufgehoben.

²⁴ BVerfGE 85, 191 (203ff.); Osterloh, in: Sachs, GG, 2007, Art. 3 Rn. 268.

²⁵ Jarass, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 9. Aufl., 2007 (Jarass/Pieroth, GG, 2007), Art. 23 Rn. 39 mit weiteren Nachweisen (m.w.N.).

Art. 79 Abs. 3 GG missachtet.²⁶ Demnach wäre das AGG am Maßstab des GG zu überprüfen, soweit durch EU-Recht nicht ein Grundrechtsschutz gewährleistet ist, „der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist“²⁷. Dabei kommt es nicht auf den Einzelfall an. Bereits die generelle bzw. grundsätzliche Wahrung des notwendigen Standards schließt einen Schutz durch nationale Grundrechte aus.²⁸ Da das EU-Recht einen vergleichbaren Grundrechtsschutz jedenfalls generell vorsieht, scheidet eine Anwendung nationaler Grundrechte grundsätzlich aus.²⁹ Allerdings wäre das GG der Auslegungsmaßstab für das AGG, soweit das AGG über die Anforderungen der umzusetzenden Richtlinien hinausginge.³⁰ Das ist in den für die Prüfung des Neutralitätsgesetzes relevanten Fragen jedoch nicht der Fall.

In der Literatur wird darüber hinaus bei der Auslegung des AGG gelegentlich auf deutsches Bundesverfassungsrecht zugegriffen, z. B. bei der Auslegung des Merkmals Religion in § 1 AGG.³¹ Das ist legitim, insofern die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV als Rechtserkenntnisquelle bei der Auslegung der Unionsgrundrechte dienen.³² Dafür spricht zudem, dass die Auslegungsspielräume des AGG auch im Einklang mit deutschem Verfassungsrecht zu füllen sind.

3.2.1.3 Vorrang des AGG vor dem Neutralitätsgesetz

Das Neutralitätsgesetz darf nicht mit dem AGG kollidieren. Das ergibt sich aus den Grundsätzen eines föderalen Staatswesens. Kollisionsfälle sind denkbar³³, da die vom Neutralitätsgesetz geregelten Sachverhalte in den Anwendungsbereich des AGG fallen.

²⁶ BVerfGE 89, 155 (188, 210).

²⁷ BVerfGE 102, 147 (164); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2007, Art. 23 Rn. 13.

²⁸ BVerfGE 102, 147 (164); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2007, Art. 23 Rn. 13.

²⁹ BVerfGE 102, 147 (164); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2007, Art. 23 Rn. 13.

³⁰ Rudolf, in: Beate Rudolf/Matthias Mahlmann: Gleichbehandlungsrecht – Handbuch, 2007 (Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, 2007), § 6 Rn. 9.

³¹ Z. B. Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 1 Rn. 51.

³² Calliess, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/EGV - Kommentar, 3. Aufl., 2007 (Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007), Art. 6 EUV, Rn. 33.

³³ Siehe oben Fn 4 und 8 zu Kollisionen von Verboten religiöser Symbole mit dem AGG.

Maßgeblich für die Regelung von Kollisionen zwischen Bundes- und Landesrecht ist Art. 31 GG, der einen Vorrang des Bundes- vor dem Landesrecht formuliert. Voraussetzung für einen solchen Vorrang ist, dass dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der Rechtsmaterie, die zugleich von Landesrecht geregelt wird, zusteht. Der Bund müsste also über die Kompetenz verfügen, das Tragen religiöser und weltanschaulicher Symbole und Kleidungsstücke durch Personen, die im öffentlichen Dienst des Landes Berlins in den Bereichen Rechtspflege, Justivollzug, Polizei, Schule und Kindertageseinrichtungen beschäftigt sind, zu regeln.

Dem Bund stand zum Zeitpunkt der Verkündung des AGG eine Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Arbeitsrechts aufgrund des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu. Es ist umstritten, inwieweit Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG diese Gesetzgebungskompetenz auch auf den öffentlichen Dienst erstreckt.³⁴ Dieser Streit ist hier im Ergebnis jedoch ohne Belang, da der Bund eine Regelung des religiösen Verhaltens der Staatsbediensteten jedenfalls auf den ehemaligen Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GG (Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst der Länder stehenden Personen) stützen konnte.³⁵ Zwar ist die Rahmenkompetenz des Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GG durch die Föderalismus-Reform mit Wirkung zum 1. September 2006 gestrichen worden. Allerdings gilt nach Art. 125a GG das auf Grundlage der früheren Bundeskompetenz als Bundesrecht erlassene Recht fort, wenn es nicht durch Landesrecht ersetzt wird. Eine solche Ersetzungsbefugnis kommt nur nachträglichem Landesrecht zu. Das vor dem AGG in Kraft getretene Neutralitätsgesetz kann demnach das AGG nicht ersetzen und auch ansonsten liegt keine Regelung vor, mit der der Berliner Gesetzgeber hinsichtlich des Diskriminierungsschutzes für Landesbedienstete nachträglich ausdrücklich etwas anderes regeln will als das AGG. Es ist anzunehmen, dass Berlin eine solche Regelung auch gar nicht treffen dürfte, da erstens auch die Bundesländer an die Regelungen der europäischen Antidiskriminierungs-Richtlinien gebunden sind. Zudem entfällt das Ersetzungsrecht wohl nach

³⁴ Für eine solche Kompetenzerstreckung Degenhart, in: Sachs, GG, 2007, Art. 74 Rn. 53; dagegen BVerfGE 55, 372 (385). Laut Gesetzesbegründung stützt der Bund den Erlass des AGG, soweit es Angestellte im öffentlichen Dienst betrifft, wohl auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, vgl. BT Drs. 16/1780, S. 29.

³⁵ Die Einbeziehung der Beamten und Beamtinnen in den Anwendungsbereich des AGG stützt der Gesetzgeber auf Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GG, vgl. BT Drs. 16/1780, S. 29.

Art. 125b Abs. 1 S. 1 GG. Nach dieser Vorschrift gilt Recht, das aufgrund des Art. 75 GG in der bis zum 1. September 2006 geltenden Fassung erlassen worden ist, als Bundesrecht fort, wenn es auch nach diesem Zeitpunkt als Bundesrecht erlassen werden könnte.

Mittlerweile besitzt der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG n. F. die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für die Statusrechte und -pflichten der Beamten und Beamtinnen der Länder. Dazu zählen nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers auch die statusprägenden Pflichten.³⁶ Das Recht der Beamten und Beamtinnen, im Dienst nicht wegen der Religion diskriminiert zu werden, muss allein wegen Art. 33 Abs. 3 GG als statusprägendes Recht verstanden werden. Das gilt darüber hinaus auch für das Recht aus Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, nicht aus Gründen des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft diskriminiert zu werden. Dafür spricht auch, dass die Bundesregierung den Entwurf für ein Beamtenstatusgesetz vorgelegt hat, der einen über den § 7 des noch bestehenden Beamtenrechtsrahmengesetzes hinausgehenden Diskriminierungsschutz vorsieht.³⁷ Folglich steht dem Bund die erforderliche Gesetzgebungskompetenz zu, so dass dem AGG ein Vorrang vor dem Neutralitätsgesetz zukommt. Dieser Vorrang hat zur Folge, dass das Neutralitätsgesetz im Einklang mit dem AGG ausgelegt werden muss. Ist eine derartige Auslegung nicht möglich, verdrängt das höherrangige Bundes- das niederrangige Landesrecht. Das Landesrecht ist in diesem Fall nichtig.³⁸

3.2.2 EU-Recht

Das Neutralitätsgesetz könnte des Weiteren am Maßstab von EU-Recht zu messen sein, wenn die Antidiskriminierungsrichtlinien nicht ausreichend umgesetzt sind³⁹ oder neben den Richtlinien weiteres EU-Recht vor Diskriminierung schützen würde.

³⁶ Vgl. Bundestagsdrucksache 16/813, S. 14.

³⁷ S. § 9 des Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG), Bundestagsdrucksache 16/4027.

³⁸ Vgl. Huber, in: Sachs, GG, 2007, Art. 31 Rn. 20. Prozessual kann wegen Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG allein das Bundesverfassungsrecht die Nichtigkeit feststellen; ders. Rn. 23.

³⁹ Soweit die Antidiskriminierungsrichtlinien nicht ausreichend umgesetzt worden sind, gelten sie in Deutschland unmittelbar, da die Umsetzungsfristen abgelaufen und zudem die Bestimmungen inhaltlich unbeding und hinreichend genau sind und sie den Staat als Arbeitgeber verpflichten. Vgl. Mahlmann, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2007, 325 (326); Baer/Wrase, DÖV 2005, 243 (251).

Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Antidiskriminierungsrichtlinien insoweit umgesetzt worden sind, als der Anwendungsbereich des Neutralitätsgesetzes betroffen ist. Zwar hat die Europäische Kommission die Bundesregierung bereits dreimal förmlich zur Stellungnahme wegen des Vorwurfs mangelhafter Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien aufgefordert.⁴⁰ Für die mit Blick auf das Neutralitätsgesetz relevanten Aspekte der Antidiskriminierungsrichtlinien macht die Kommission jedoch keine mangelhafte Umsetzung geltend.

3.2.3 Verfassungsrecht

Des Weiteren ist das Neutralitätsgesetz gemäß § 2 Abs. 3 AGG auch am verfassungsrechtlichen Maßstab des Grundgesetzes und der Berliner Landesverfassung zu messen.

Eine eigenständige Prüfung ist jedoch nicht erforderlich, da der Diskriminierungsschutz des Grundgesetzes bzw. der Landesverfassung nicht über den Schutz des AGG hinausgeht:

Für das Grundgesetz lässt sich Mahlmann zwar so verstehen, dass das AGG gegenüber der Anwendung von Art. 3 und 33 Abs. 3 GG subsidiär sei, weil diese Verfassungsvorschriften Spezialnormen für den öffentlichen Dienst seien.⁴¹ Im Rahmen der Auslegung dieser Verfassungsbestimmungen greift er aber selbst auf Definitionen des AGG zurück, z. B. für den Begriff der „unmittelbaren Benachteiligung“⁴². Daran wird deutlich, dass das AGG nicht subsidiär sein kann. Relevant könnte der Diskriminierungsschutz des Grundgesetzes aber dann sein, wenn er weiter reichte als der des AGG. Das ist aber nicht der Fall. So bleiben die Formulierungen der besonderen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote hinter den entsprechenden Formulierungen des AGG zurück. Zudem geht auch die neuere Rechtsprechung des BVerfG – jedenfalls im Bereich Geschlechtsdiskriminierung – nicht weiter als die Rechtsprechung des EuGH, sondern tendiert vielmehr zu inhaltlichen Konvergenzen mit dem EU-Recht.⁴³ Des

⁴⁰ Vgl. Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission an die Bundesregierung vom 31.3.2008, Vertragsverletzungs-Nr. 2007/2362, <http://www.adb-sachsen.de/media/documents/1203424963.pdf?PHPSESSID=mdn0v10fetdlo06m6o6fa5d5e5>; Aufforderungsschreiben vom 23.10.2007, Vertragsverletzungs-Nr. 2207/2253; Aufforderungsschreiben vom 23.3.2007, Vertragsverletzungs-Nr. 2006/2519.

⁴¹ So wohl Mahlmann, ZBR 2007, 325 (326), wenn auch nicht ganz klar; dagegen spricht Hinrichs in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2008, Rn. 167 und 192 ff. nicht von Subsidiarität.

⁴² Mahlmann, ZBR 2007, 325 (326).

⁴³ Osterloh, in: Sachs, GG, 2007, Art. 3 Rn. 268.

Weiteren hat das BVerfG bislang staatliche Maßnahmen, die an die Religion anknüpfen, nicht isoliert nach Art. 3 Abs. 2 und 3 und Art. 33 Abs. 3 GG beurteilt, sondern nach Art. 4 GG ggf. i. V. m. Art. 3 GG.⁴⁴

Art. 19 Abs. 2 der Berliner Landesverfassung geht zwar weiter als Art. 33 Abs. 3 GG, weil neben der religiösen Benachteiligung auch Benachteiligungen hinsichtlich der Herkunft, des Geschlechts und der Partei verboten werden. Allerdings bleibt auch der so gewährte Schutz hinter dem Schutz des AGG zurück. In dieser Untersuchung wird deshalb die Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz nicht isoliert geprüft.

3.2.4 Europäische Menschenrechtskonvention

Ebenso ist das Neutralitätsgesetz gemäß § 2 Abs. 3 AGG auch an der europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten vom 3. September 1953 (EMRK) zu prüfen. Sie ist das wichtigste der völkerrechtlichen Übereinkommen, die von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert wurden und Diskriminierungsverbote statuieren.⁴⁵

Nach Art. 14 EMRK sind die durch die Konvention gewährleisteten Rechte „ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten“. Die EMRK wurde durch ein Vertragsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG in deutsches Bundesrecht umgesetzt und gilt demnach als Bundesgesetz. Damit steht ihr als Bundesgesetz gemäß Art. 31 GG ein Vorrang vor dem Neutralitätsgesetz zu. Obwohl die Konvention innerstaatlich „nur“ den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat, sind die nationalen Gerichte gehalten, auch die Grundrechte im Einklang mit der EMRK in der Auslegung, die diese in der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes (EGMR) gefunden hat, völkerrechtskonform zu interpretieren.⁴⁶

⁴⁴ Vgl. Osterloh, Sachs, GG, 2007, Art. 3 Rn. 301; Osterloh sieht aber in dem Ludin-Urteil des BVerfG insofern eine Richtungsänderung.

⁴⁵ S. zur Darstellung Bundestagsdrucksache 16/1780, S. 21 und Hinrichs in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2008, Rn. 169 ff.

⁴⁶ Vgl. *BVerfGE* 74, 358 (370), bestätigt durch *BVerfGE* 82, 106 (114 ff.).

Allerdings reicht der Diskriminierungsschutz der EMRK nicht weiter als der des AGG. Das liegt u. a. daran, dass Art. 14 EMRK keinen eigenständigen Schutz vor Diskriminierung, sondern diesen nur im Zusammenhang mit den in der EMRK garantierten Freiheiten gewährt. Der EGMR hat die Zulässigkeit von Kopftuchverboten deshalb bislang maßgeblich an der Religionsfreiheit von Art. 9 EMRK gemessen.⁴⁷

Durch Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls wird zwar ein allgemeines Diskriminierungsverbot statuiert. Danach ist der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes „ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“ (Abs. 1). Und „Niemand darf von einer Behörde diskriminiert werden, insbesondere nicht aus einem der in Absatz 1 genannten Gründe.“ (Abs. 2). Aber Deutschland hat dieses Protokoll bislang nicht ratifiziert, sondern lediglich unterzeichnet.

In der hier vorliegenden Untersuchung wird die Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit der EMRK deshalb nicht isoliert geprüft.

3.2.5 Landesbeamtenengesetz

Neben dem einfachgesetzlichen Antidiskriminierungsschutz des AGG sind Beamte und Beamtinnen in Berlin auch gemäß § 12 Landesbeamtenengesetz (LBG) vor Benachteiligung geschützt. Nach § 12 LBG ist die Auslese der Bewerber und Bewerberinnen für den Beamtendienst unter anderem ohne Rücksicht auf Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen oder Herkunft vorzunehmen. Jedoch kommt § 12 LBG bei der Anwendung des Neutralitätsgesetzes nicht zur Geltung. Denn gemäß dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ (Das jüngere Gesetz hebt das ältere Gesetz auf.) verdrängt das Neutralitätsgesetz in Kollisionsfällen das Landesbeamtenengesetz. Das Neutralitätsgesetz ist hinsichtlich des Tragens religiöser Symbole und Kleidungsstücke auch spezieller als das

⁴⁷ EGMR, Urteil vom 15.2.2001, NJW 2001, 2871 – Dahlab; EGMR 10.11.2005 – <http://www.echr.coe.int> – Sahin.

Landesbeamtenengesetz, so dass der lex posterior-Grundsatz nicht durch einen weiteren Grundsatz durchbrochen wird: „lex posterior generalis non derogat legi priori speciali“ (Das jüngere allgemeine Gesetz geht dem älteren speziellen Gesetz nicht vor.)

3.2.6 Zusammenfassung

Im Folgenden wird das Neutralitätsgesetz also ausschließlich am Maßstab des AGG überprüft. Das AGG ist im Lichte der EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien und der EU-Grundrechte auszulegen. Andere Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts sind entweder nicht direkt anwendbar (EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien) oder vermitteln keinen weitergehenden Schutz (Grundgesetz, EMRK).

4 Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem AGG

Die zentrale Frage dieser Expertise ist, inwieweit das Neutralitätsgesetz mit dem AGG zu vereinbar ist.

4.1 Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des AGG

Das AGG gilt für Angestellte im öffentlichen Dienst, für die dort zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten und für Bewerberinnen und Bewerber (§ 6 Abs. 1 AGG). Ebenso ist das AGG auch für Landesbeamte und -beamtinnen, Landesrichter und -richterrinnen anwendbar, „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung“ (§ 24 AGG). Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes erstreckt sich u. a. auf Auswahlkriterien, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen (§ 2 AGG).

4.2 Anwendungsbereich des Neutralitätsgesetzes

Das Neutralitätsgesetz richtet sich mit dem Verbot, religiöse und weltanschauliche Kleidung und Symbole im öffentlichen Dienst zu tragen, an Angestellte, Beamte und Beamtinnen, die im Bereich der Rechtspflege – sofern sie dort hoheitlich tätig werden –, im Justizvollzug oder bei der Polizei arbeiten, sowie an Lehrkräfte, sofern sie nicht an beruflichen Schulen oder Schulen des zweiten Bildungsweges arbeiten, und an Erzieherinnen in Tageseinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft.

Damit sind zahlreiche unterschiedliche Tätigkeiten im öffentlichen Dienst durch das Neutralitätsgesetz erfasst.

Im Hinblick auf jede dieser Tätigkeiten spielen Besonderheiten eine Rolle. Im Folgenden wird die Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem AGG zunächst für Lehrkräfte geprüft (4.3). Sodann werden die so erlangten Ergebnisse auf Erzieher/Erzieherinnen (4.4) und in einem Exkurs auf Polizisten/Polizistinnen (4.5) übertragen. Insbesondere hinsichtlich der Rechtfertigung einer benachteiligenden Regelung wird aufgezeigt, ob und inwieweit die unterschiedlichen Berufsgruppen eine unterschiedliche Betrachtung rechtfertigen.

4.3 Die Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem AGG hinsichtlich der Lehrkräfte

Das AGG erfasst Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts und der Religion (§ 1). Das durch § 2 des Gesetzes zu Art. 29 BLNVerf an Lehrkräfte gerichtete Verbot, im Dienst religiöse oder weltanschauliche Symbole und Kleidung zu tragen, könnte eine Benachteiligung wegen jedes dieser drei Gründe sein. Es ist wichtig, sich jedem möglichen Diskriminierungstatbestand zu widmen, da § 4 AGG bei Mehrfachdiskriminierung verlangt, dass sich die Rechtfertigung auf alle Gründe erstreckt, deretwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.⁴⁸ Auch wenn der Nachweis einer Rechtfertigung nur hinsichtlich eines Grundes misslingt, ist die Benachteiligung unzulässig.

Im Folgenden wird zunächst der Begriff der unmittelbaren und der mittelbaren Benachteiligung erläutert (4.3.1), sodann wird hinsichtlich der Merkmale Religion (4.3.2 und 4.3.3.), Geschlecht (4.3.4) und ethnische Herkunft (4.3.5) untersucht, inwieweit durch das Gesetz zu Art. 29 BLNVerf eine Benachteiligung vorliegen kann.

4.3.1 Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung

Nach § 3 Abs. 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines der in § 1 genannten Benachteiligungsgründe eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren

⁴⁸ Vgl. zur Mehrfachdiskriminierung durch Kopftuchverbote Laskowski, KJ 2003, 420 (421).

Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Benachteiligung liegt gemäß § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines der in § 1 genannten Diskriminierungsgründe in besonderer Weise benachteiligen können. Die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Benachteiligung ist insofern sehr wichtig, als sich die Anforderungen an die Rechtfertigung unterscheiden.

Eine mittelbare Benachteiligung ist bereits im Ansatz ausgeschlossen, wenn die benachteiligenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (§ 3 Abs. 2 AGG). Eine unmittelbare Benachteiligung kann dagegen im Anwendungsbereich des Neutralitätsgesetzes nur gerechtfertigt werden, wenn das Diskriminierungsmerkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 AGG).⁴⁹ Ob sich das Neutralitätsgesetz als unmittelbare (4.3.2) oder mittelbare (4.3.3) Benachteiligung auswirkt, ist nun im Einzelnen zu prüfen.

4.3.2 Unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion

Das an Lehrkräfte gerichtete Verbot, religiöse und weltanschauliche Symbole und Kleidung zu tragen (§ 2 des Gesetzes zu Art. 29 BLNVerf), könnte eine unzulässige Benachteiligung aus Gründen der Religion nach § 7 Abs. 1 i. V. m. §§ 1, 2 Abs. 1, 3 und 8 AGG sein. Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob eine solche Benachteiligung vorliegt (4.3.2.1), und sodann, ob sie gerechtfertigt werden kann (4.3.2.2).

4.3.2.1 Vorliegen einer unmittelbaren Benachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion kann in zweifacher Hinsicht vorliegen. Zum einen würde unmittelbar an die Religion angeknüpft, wenn das Neutralitätsgesetz ausdrücklich zwischen Angehörigen von Religionsgemeinschaften und Nichtgläubigen unterscheidet; zum anderen

⁴⁹ Eine Rechtfertigung durch § 9 AGG scheidet aus, da diese Vorschrift nur Beschäftigungen durch Religionsgemeinschaften betrifft.

geschähe dies, wenn es Personen unterschiedlicher Religion und Weltanschauung unterschiedlich behandelte.

Eine Benachteiligung läge also erstens vor, wenn das Neutralitätsgesetz durch das Verbot religiöser und weltanschaulicher Kleidung und Symbole im Lehramt religiös geprägte Lehrkräfte bzw. Bewerber/-innen für das Lehramt anders als solche behandelte, die nicht religiös geprägt sind.

In der deutschen Rechtsprechung zu den Kopftuch-Konflikten ist eine solche unmittelbare Benachteiligung wegen der Religionszugehörigkeit bislang zwar nicht anerkannt worden.⁵⁰ Überzeugendere Gründe sprechen aber dafür, von einer unmittelbaren Benachteiligung wegen einer Religionszugehörigkeit auszugehen: Zwar knüpft das Neutralitätsgesetz wörtlich nicht an den Glauben oder die Weltanschauung selbst an – Musliminnen oder Angehörige des Humanistischen Verbandes dürfen ja z. B. im öffentlichen Dienst arbeiten –, sondern an die Religionsausübung durch das „Tragen religiöser Kleidung oder Symbole“. Doch ist auch dies von § 1 AGG umfasst, denn das AGG schützt auch vor Benachteiligung wegen der „Religionsausübung“. Der Wortlaut des Begriffes „Religion“ in § 1 AGG bedeutet sowohl die *Religionszugehörigkeit* als auch die *Religionsausübung*. Dies entspricht der Auslegung des Grundrechts auf Religionsfreiheit nach Art. 4 GG, das als einheitliches Grundrecht für alle Aspekte des religiösen Lebens verstanden wird.⁵¹ Eine Benachteiligung wegen eines Merkmals aus § 1 AGG liegt nicht nur dann vor, wenn das Merkmal gesetzlich ausdrücklich aufgeführt ist, sondern auch dann, wenn ein Grund für eine Ungleichbehandlung mit dem Merkmal in untrennbarem Zusammenhang steht.⁵²

Dafür spricht insbesondere die europarechtlich orientierte Auslegung des AGG. Der EuGH hat in der Rechtssache Dekker⁵³ entschieden, dass eine unmittelbare Benachteiligung auch dann vorliegt, wenn die Unterscheidung wegen eines Merkmals erfolgt, das mit dem Geschlecht in untrennbarem Zusammenhang steht.

⁵⁰ Vgl. z. B. jüngst VG Gelsenkirchen, Urteil vom 27.2.2008 – Az. 1 K 1466/07, Rn. 50; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899 (2900).

⁵¹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2003, 3111 (3112); *BVerfGE* 32, 98 (106).

⁵² Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG für das Merkmal „Geschlecht“ ausdrücklich festlegt, dass eine unmittelbare Benachteiligung auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung wegen der Mutterschaft vorliegt, vgl. Bundestagsdrucksache 16/1780, S. 32.

⁵³ EugH Rs. C-177/88, Slg.1990-I, 394, Rn. 10 ff. – Dekker.

Gelöscht: z.B.

In der zugrunde liegenden Rechtssache hatte ein niederländischer Arbeitgeber abgelehnt, eine schwangere Frau einzustellen. Als Grund gab er an, dass sein Sozialversicherer ihm nicht das Krankengeld zurückerstatten würde, das er der Frau während ihres Mutterschaftsurlaubs zahlen müsse.⁵⁴ Der EuGH ging vom Vorliegen einer Diskriminierung aus. Die vom EuGH formulierten Kriterien sind auch auf das Merkmal „Religion“ übertragbar.⁵⁵ Das Tragen religiöser Kleidung oder Symbole kann demnach als Merkmal verstanden werden, das mit der Religion in untrennbarem Zusammenhang steht.⁵⁶ Zwar ist der Zusammenhang zwischen „Schwangerschaft“ bzw. „Mutterschaft“ und „Geschlecht“ zwingender als jener zwischen Religion und religiöser Kleidung. Doch kann für gläubige Menschen ein religiös begründetes Kleidungsstück untrennbar mit ihrer Identität verbunden sein.⁵⁷ Zum Beispiel haben einige der Frauen, deren Einstellung in den öffentlichen Dienst in Deutschland wegen ihres Kopftuches abgelehnt wurde, deutlich erklärt, dass für sie das Ablegen des Kopftuches undenkbar sei, weil es nach ihrer religiösen Überzeugung mit Scham verbunden ist.⁵⁸ Sie empfinden für sich eine Pflicht, das Kopftuch zu tragen. Mithin ist das Kopftuch aus ihrer Perspektive wesentlicher Bestandteil ihrer Religionszugehörigkeit. Und auf diese Perspektive der Trägerinnen muss es ankommen. Dies entspricht der Auslegung der Religionsfreiheit aus Art. 4 GG durch das BVerfG. Danach kommt es für die Entscheidung, ob eine Handlung als religiös oder weltanschaulich verstanden werden kann, maßgeblich auf das Selbstverständnis der religiös bzw. weltanschaulich geprägten Menschen an.⁵⁹

⁵⁴ EugH Rs. C-177/88, Slg.1990-I, 394, Rn. 3 ff. – Dekker.

⁵⁵ Vgl. z. B. Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 18; Wolfgang Rühl/Matthias Schmid/Hans Peter Viethen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007 (Rühl/Schmid/Viethen, AGG, 2007), S. 16.

⁵⁶ Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 13.

⁵⁷ Vgl. *Karakaşoğlu-Aydin*, zit. in Johannes Kandel: Auf dem Kopf und in dem Kopf – Der „Kopftuchstreit“ und die Muslime, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hg.): Interkultureller Dialog, Islam und Gesellschaft Nr. 3, 2004, 5; auch die von Pape interviewte 23 Jahre alte Muslimin aus Baden-Württemberg bezeichnet das Kopftuch als Teil ihrer Identität, vgl. Elise Pape: Das Kopftuch von Frauen in der zweiten Einwanderergeneration – Ein Vergleich zwischen Frankreich und Deutschland, 2005.

⁵⁸ Vgl. z. B. die Aussage von Fereshta Ludin, *Südkurier* 25.3.2000.

⁵⁹ Vgl. *BVerfGE* 83, 341 (356); 53, 366 (401); 46, 73 (85, 95); 33, 23 (35); 42, 312; 32, 98 (106 f.); 24, 236 (247 f.).

„Religionsausübung“ fällt demnach in den Anwendungsbereich des § 1 AGG.⁶⁰ Da das Neutralitätsgesetz (§ 2 des Gesetzes zu Art. 29 BLNVerf) an diese Religionsausübung anknüpft, liegt eine unmittelbare Benachteiligung von religiös geprägten Lehrkräften bzw. Bewerbern und Bewerberinnen für das Lehramt, die ihre Religion im Dienst durch Kleidung, Symbole und Haare zeigen wollen, im Sinne des § 1 AGG vor.⁶¹ Diese unmittelbare Ungleichbehandlung besteht im Vergleich zu nichtreligiösen Lehrkräften bzw. Bewerbern und Bewerberinnen für das Lehramt und zu solchen religiös oder weltanschaulich geprägten, die ihre Religion oder Weltanschauung nicht äußerlich sichtbar zeigen wollen.

Zweitens würde das Neutralitätsgesetz zu einer unmittelbaren Benachteiligung wegen der Religion führen, wenn es zwischen den Religionen unterschiede. Der Berliner Gesetzgeber hat sich jedoch gerade gegen eine solche unmittelbar unterscheidende Regelung entschieden. Er wollte nicht nur das Kopftuch verbieten, andere religiöse Symbole und Kleidungsstücke aber erlauben. Das Neutralitätsgesetz ist im Gegensatz zu anderen Landesgesetzen, die für die christliche Religionsausübung Ausnahmen vom Verbot religiöser Symbole und Kleidungsstücke formulieren⁶², so formuliert, dass ausdrücklich alle religiösen Symbole und Kleidungsstücke erfasst sind. Eine unmittelbare Benachteiligung durch das Neutralitätsgesetz wäre zwar auch dann anzunehmen, wenn ausweislich der Gesetzesbegründung das Neutralitätsgesetz nur auf Muslime und

⁶⁰ Rühl/Schmid/Viethen, GG, 2007, S. 23; Jobst-Hubertus Bauer/Burkard Göpfert/Steffen Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 1. Auflage, 2007 (Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007), § 1 Rn 27ff; Däubler/Bertzbach, AGG, 2007, § 7, Rn. 235; Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 4, Rn. 11.

⁶¹ Ebenso Christian Walter/Antje von Ungern-Sternberg, Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl) 2008, 880 (882); ähnlich Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 4 Rn. 11. Mehrheitlich wird in der Literatur ein gesetzliches Verbot, religiöse Kleidung im öffentlichen Dienst zu tragen, das sich nicht auf ein bestimmtes Kleidungsstück bezieht, aber nicht als unmittelbare, sondern als mittelbare Benachteiligung wegen der Religion verstanden. Vgl. z. B. Mahlmann, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 24, Rn. 22; Laskowski, in: Ursula Rust/Josef Falke, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 1. Auflage, 2007 (Rust/Falke, AGG, 2007), § 24 Rn. 21.

⁶² Vgl. die Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot, religiöse und weltanschauliche Symbole im Schuldienst zu tragen, für die „Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte“ in § 38 Abs. 2 S. 3 Schulgesetz für Baden-Württemberg (BWSchG) und § 58 Abs. 4 S. 3 Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (NRW-SchulG); ähnlich Art. 59 Abs. 2 S. 3 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG); § 68 Abs. 2 S. 3 Hessisches Beamten-gesetz (HBG) und § 86 Abs. 3 S. 3 Hessisches Schulgesetz (HSchG). Zu dem Bestreben der Rechtsprechung, diese Christentumsprivilegien entgegen der Intention des Gesetzgebers verfassungsgemäß auszulegen, s. BVerwG, NJW 2004, 3581; VG Düsseldorf, Urteil vom 5.6.2007 – 2K 6225/06.

Musliminnen oder Angehörige einer anderen Religion anzuwenden wäre.⁶³ Der Gesetzesbegründung lässt sich dies aber so nicht entnehmen. Der Vergleich mit den Gesetzesbegründungen einiger anderer Ländergesetze, mit denen das Tragen religiöser und weltanschaulicher Symbole und Kleidungsstücke im öffentlichen Dienst verboten wurde⁶⁴, zeigt ebenfalls, dass dem Gesetz nicht unterstellt werden kann, sich nur gegen Muslime und Musliminnen zu richten. Eine unmittelbare Benachteiligung von Muslimen und Musliminnen oder Angehörigen einer anderen Religion liegt demnach nicht vor. Inwiefern faktische Wirkungen diesen Befund relativieren, ist Teil der noch zu klärenden Frage nach einer möglichen mittelbaren Benachteiligung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer spezifischen Religion.⁶⁵

4.3.2.2 Rechtfertigung

Die unmittelbare Benachteiligung könnte gerechtfertigt sein. Die Rechtsprechung in den „Kopftuch-Fällen“ hat bislang eine Ungleichbehandlung wegen der Religion, soweit sie überhaupt in den Blick genommen wurde, als gerechtfertigt erachtet.⁶⁶ Folgt man dieser Position, ist auch das Neutralitätsgesetz in dieser Hinsicht (aber nicht notwendig auch in allen anderen) mit dem AGG zu vereinbaren.

In diesen Entscheidungen wurde jedoch Antidiskriminierungsrecht nicht systematisch geprüft. Dies erfolgt hier.

Gemäß § 8 Abs. 1 AGG kann eine unterschiedliche Behandlung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe zulässig sein, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Sollte die in religiöser Hinsicht neutrale Kleidung also wesentlich und entscheidend sowie eine angemessene Anforderung an Lehrkräfte sein, würde das Neutralitätsgesetz nicht gegen das AGG verstoßen.

⁶³ Vgl. Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 4 Rn. 11: „Die derzeit in Deutschland diskutierten ‚Kopftuchverbote‘ sind zudem überwiegend so ausgestaltet bzw. werden so angewandt, dass sie sich nur gegen islamische Bekleidungsregeln richten.“

⁶⁴ Vgl. Landtag Baden-Württemberg, Drs. 13/2793, 7; Landtag Bayern, Drs. 15/368, 8 – in den Gesetzesbegründungen wird festgelegt, dass das Verbot nicht für Nonnen gelten soll.

⁶⁵ Siehe unten 4.3.3.

⁶⁶ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 14.3.2008, Az. 4 S 516/07, Urteilsabschrift, S. 28.

In der Literatur zum AGG ist noch kein einheitlicher Prüfungsmaßstab für das Vorliegen einer Rechtfertigung herausgearbeitet worden.⁶⁷ In Anlehnung an den Wortlaut des § 8 AGG prüfen wir, ob eine berufliche Anforderung vorliegt, die wesentlich und entscheidend ist (4.3.2.2.1), ob diese Anforderung einen rechtmäßigen Zweck verfolgt (4.3.2.2.2) und ob sie angemessen ist (4.3.2.2.3).⁶⁸

4.3.2.2.1 „Wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderung

Der Begriff der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“ ist als Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung sehr eng auszulegen. Dem steht nicht entgegen, dass die Formulierung „unabdingbare Voraussetzungen“ in 76/207/EWG in die Formulierung „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen“ in den Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/78/EG geändert wurde. Denn dadurch war keine Absenkung der durch die Richtlinie 76/207/EWG gesetzten Schutzstandards beabsichtigt.⁶⁹ Vielmehr hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Geschlechterdiskriminierung wiederholt betont, dass die berufsspezifische Ausnahme vom Diskriminierungsverbot eng auszulegen sei.⁷⁰ In der Literatur wird angenommen, dass diese Vorgabe auch für die Merkmale „Religion“ und „Rasse“ gilt, da es sich ebenfalls um identitätsprägende Merkmale handele.⁷¹

In der Literatur wird § 8 Abs. 1 AGG zudem im Sinne der bislang in § 611a Abs. 2 S. 2 BGB geforderten „unverzichtbaren Voraussetzung“ für die betreffende Tätigkeit verstanden. Nach der Rechtsprechung zu § 611a Abs. 2 S. 2 BGB war eine geschlechtsbezogene Unterscheidung nur dann erlaubt, wenn die Differenzierung sich an der auszuübenden Tätigkeit orientierte, wenn ein

⁶⁷ Vgl. den unterschiedlichen Gang der Rechtfertigungsprüfung bei Gregor Thüsing: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 326ff.; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 14 Rn. 14ff; Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 8 Rn. 3 ff. und Falke, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 8 Rn. 10ff.

⁶⁸ Ebenso der Prüfungsablauf bei Falke, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 8 Rn. 10ff. und Klaus Adomeit/Jochen Mohr, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 1. Auflage, 2007 (Adomeit/Mohr, AGG, 2007), § 8, Rn. 18ff.

⁶⁹ Schmidt, in: Schiek, AGG, 2007, § 8 Rn. 2.

⁷⁰ EuGH, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rn. 36, 44 – Johnston; Rs. C-273/97, Slg. 1999, I-7403, Rn. 23 – Sidar; Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69, Rn. 20 – Kreil.

⁷¹ Titia Loenen: The headscarf debate in: Schiek/Chege: European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, 2008, 312 (324).

Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsmäßige Leistung nicht erbringen konnte und wenn dieses Unvermögen auf Gründen beruhte, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügten.⁷² Auch das spricht für eine enge Auslegung der Rechtfertigungsoption.

Die Festlegung beruflicher Anforderungen erfolgt durch den Arbeitgeber im Rahmen eines Organisationskonzepts. Dabei ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, darüber zu bestimmen, welche Anforderungen an einen bestimmten Arbeitsplatz gelten.⁷³ Das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines durch § 1 AGG geschützten Merkmals muss gegebenenfalls ausdrücklich als Anforderung für die berufliche Tätigkeit definiert sein. Entscheidend ist die Anforderung nur, wenn die Tätigkeit nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeübt werden könnte, falls die Anforderung nicht erfüllt wird.⁷⁴ Die Anforderung muss also gerade Bestandteil der entgelteten Leistung sein, nicht lediglich erwünschter Nebeneffekt.⁷⁵ In der Literatur wird hier das Beispiel der Flugbegleiterinnen genannt: Eine Fluggesellschaft dürfe nicht ausschließlich Flugbegleiterinnen einstellen, auch wenn sie damit wirbt, dass ihr Flugbegleitpersonal ausschließlich aus gut aussehenden Stewardessen bestehe. Zentrale Aufgabe der Flugbegleitung sei nicht Sex-Appeal, sondern die Versorgung der Gäste oder das Vorführen der Sicherheitsausrüstung.⁷⁶

Zudem fordert der Gesetzgeber, dass das Merkmal als Berufsanforderung für den Beruf „wesentlich“ ist, etabliert also eine Erheblichkeitsschwelle. Die Tätigkeit, die nicht ordnungsgemäß erfüllt werden kann, falls ein durch § 1 AGG geschütztes Merkmal vorliegt oder nicht vorliegt, muss die zentrale Aufgabe der in Frage stehenden Beschäftigung sein.⁷⁷ Zusammenfassend lässt sich also sagen: Eine berufliche Anforderung ist wesentlich und entscheidend, wenn die Hauptaufgabe der beruflichen Beschäftigung nicht erfüllt werden kann, ohne dass zugleich die

⁷² Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE) Bd. 90, 170.

⁷³ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 8 Rn. 16.

⁷⁴ Adomeit/Mohr, AGG, 2007, § 8 Rn. 21.

⁷⁵ Falke, in Rust/Falke, AGG, 2007, § 8 Rn. 12.

⁷⁶ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 8 Rn. 25.

⁷⁷ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 8 Rn. 21.

Anforderung erfüllt ist.⁷⁸ Die berufliche Anforderung muss das jeweilige Berufsbild – nach einem objektiven Maßstab⁷⁹ – prägen.⁸⁰

Das Land Berlin – konkret der Landesgesetzgeber – hat durch das Neutralitätsgesetz festgelegt, dass Lehrkräfte sich bei ihrem Dienst in der Schule in ihrem religiösen Bekenntnis zurückhalten müssen, um die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Landes zu gewährleisten. Zum Stellenprofil für das Lehramt zählt nach Meinung des Arbeitgebers demnach – jedenfalls während des Unterrichts –, keine religiösen Kleidungsstücke zu tragen. Dem Land Berlin steht es zwar grundsätzlich frei, ein solches Profil zu wählen. Mit Antidiskriminierungsrecht ist es aber nur vereinbar, wenn damit *objektiv* eine entscheidende und wesentliche Anforderung an die Tätigkeit festgelegt wird.

Es kommt also darauf an, welche Aufgaben Lehrkräfte hauptsächlich erfüllen, ob also Neutralität im Sinne eines nicht offensichtlich religiös geprägten Aussehens zu den Hauptaufgaben einer Lehrkraft gehört.

Die Rechtsprechung geht überwiegend davon aus, ein neutrales Äußeres sei eine entscheidende und wesentliche Anforderung an eine Lehrkraft.⁸¹ Das ist aber nicht überzeugend: In § 1 des Berliner Schulgesetzes ist als Auftrag der Schule festgelegt, „alle wertvollen Anlagen der Schülerinnen und Schüler zur vollen Entfaltung zu bringen und ihnen ein Höchstmaß an Urteilskraft, gründliches Wissen und Können zu vermitteln. Ziel muss die Heranbildung von Persönlichkeiten sein, welche fähig sind, der Ideologie des Nationalsozialismus und allen anderen zur Gewaltherrschaft strebenden politischen Lehren entschieden entgegenzutreten sowie das staatliche und gesellschaftliche Leben auf der Grundlage der Demokratie, des Friedens, der Freiheit, der Menschenwürde, der Gleichstellung der Geschlechter und im Einklang mit Natur und Umwelt zu gestalten. [...]“

Damit sind die Hauptaufgaben der Lehrkraft gesetzlich definiert. Auf den ersten Blick liegt nicht nahe, wie religiöse Kleidungsstücke sie bei der Erfüllung dieser

⁷⁸ Allerdings sei darauf hingewiesen, dass die Begriffe „entscheidend“ und „wesentlich“ sich schon von der Wortbedeutung her nicht klar von einander trennen lassen, in der Literatur werden wohl auch deshalb die typischen Beispiele „Oben-Ohne-Tänzerin“ und „weibliche Flugbegleiterin“ teils unter „entscheidend“ und teils unter „wesentlich“ diskutiert.

⁷⁹ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 8 Rn. 22.

⁸⁰ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 8 Rn. 21; Adomeit/Mohr, AGG, 2007, § 8 Rn. 22.

⁸¹ Z. B. VG Gelsenkirchen, Urteil vom 27.2.2008, Az. 1 K 1466/07.

Aufgabe hindern können. Vielmehr stellt sich das neutrale Äußere hier als eventuell gewünschter „Nebeneffekt“ dar. Dazu kommt die pädagogisch relevante Frage, ob es das Berufsbild einer Lehrkraft prägt, dass sie Unterricht abhält, ohne religiöse und weltanschauliche Symbole und Kleidungsstücke zu tragen. In der öffentlichen Diskussion ist durchaus umstritten, ob Lehrkräfte ihren Dienst als neutrale Person, die individuelle Eigenschaften nicht sichtbar macht, oder aber als Persönlichkeit mit individuellem Profil erfüllen sollten. Für die Neutralitätserwartung spricht, dass an Lehrkräfte entsprechend den tradierten Vorstellungen des Berufsbeamtentums die Erwartung gerichtet wird, dass sie ihre ganze Persönlichkeit in den öffentlichen Dienst zu stellen haben und daher in dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten dem Vertrauen und der Achtung, die ihrem Beruf entgegengebracht werden, gerecht werden müssen. Für die Individualitätserwartung sprechen allerdings die gewichtigeren pädagogischen Gründe. Danach kann eine Lehrkraft ihr Amt nur als Persönlichkeit ausfüllen, muss also als Persönlichkeit auch sichtbar sein; denn der Staat ist bei der Erfüllung des Erziehungs- und Bildungsauftrages im Wesentlichen von den Fähigkeiten der Lehrkräfte, die im Schulgesetz betonten Werte und Inhalte zu vermitteln, abhängig. Eine solche Vermittlung von Werten und Inhalten kann nur gelingen, wenn Menschen diese auch in ihrer Individualität authentisch vertreten.⁸² Zudem gelingt Lernen gerade in der Auseinandersetzung mit Heterogenität. Damit steht im Einklang, wenn Lehrende solche religiösen Symbole und Kleidungsstücke tragen, die im Rahmen des Toleranzgedankens der Verfassung eben gerade die Vielfalt – oder klassisch formuliert: „die Mannigfaltigkeit“ – zum Ausdruck bringen, die Toleranz manifest werden lässt. Deshalb hat das BVerfG zuletzt in seiner Entscheidung zu dem Berliner Unterrichtsfach „Ethik“ betont, der Staat „darf – als Heimstatt aller Staatsbürger⁸³ – keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben; und er darf sich nicht durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen

⁸² Vgl. Obergerverwaltungsgericht (OVG) Hamburg, DVBl 1985, 456 (457); 266; Böckenförde, NJW 2001, 723 (726).

⁸³ Vgl. BVerfGE 108, 282 (299).

Frieden in der Gesellschaft von sich aus gefährden“⁸⁴. Gegen eine Anrufung der Tradition spricht zudem, dass traditionell in Deutschland Lehrkräfte unbeanstandet Kreuze als Zeichen des christlichen Glaubens tragen durften. Enthaltensamkeit hinsichtlich religiöser Zeichen prägte und prägt folglich das Berufsbild nicht.

Demnach ist nicht davon auszugehen, dass ein neutrales Äußeres eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des § 8 AGG ist. Wird das durch das Neutralitätsgesetz ausgesprochene Verbot religiöser Symbole und Kleidung dagegen für eine solche Anforderung im Sinne des § 8 AGG gehalten, müsste diese zusätzlich einem rechtmäßigen Zweck genügen und angemessen sein.

4.3.2.2.2 Rechtmäßiger Zweck

Mit dem Kriterium des „rechtmäßigen Zwecks“ sollen rechtswidrige und rechtsmissbräuchliche Anforderungen zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ausgeschieden werden.⁸⁵ Rechtsmissbräuchlich wäre es vor allem, wenn der Zweck der Anforderung selbst an ein Diskriminierungsmerkmal anknüpfen würde. Bislang fehlt allerdings eine genauere Definition des rechtmäßigen Zieles im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG. Hilfsweise kann hier deshalb auf die Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts zurückgegriffen werden.⁸⁶

4.3.2.2.2.1 Wahrung des Schulfriedens und Neutralitätsgebot als rechtmäßige Zwecke

Ausweislich seiner Präambel und der Gesetzesbegründung dient das Neutralitätsgesetz vor allem dazu, die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates zu wahren und eine Störung des Schulfriedens zu verhindern, die letztlich den Erziehungsauftrag gefährdet.⁸⁷ Die störungsfreie Gewährung des Schulfriedens und die Durchführung des Erziehungsauftrages sind aus Art. 7 Abs. 1 GG abgeleitete Verfassungswerte und können deshalb unstrittig

⁸⁴ BVerfG, Beschluss vom 15.3.2007, 1 BvR 2780/06 – Ethikunterricht, Absatz-Nr.35, unter Hinweis auf BVerfGE 93, 1 (16 f.); 108, 282 (300), zitiert nach http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070315_1bvr278006.html.

⁸⁵ Falke, in Rust/Falke, AGG, 2007, § 8 Rn. 13; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 8 Rn. 18.

⁸⁶ Vgl. Pabel, Europäische Grundrechtezeitung (EuGRZ) 2005, 17.

⁸⁷ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 8.

rechtmäßige Ziele im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG sein.⁸⁸ Zwar ist zu hinterfragen, wie wahrscheinlich es ist, dass Lehrkräfte mit religiöser Kleidung den Schulfrieden gefährden. Die bisherigen Erfahrungen mit Kopftuch tragenden Lehrerinnen in anderen Bundesländern bieten jedenfalls keinen Anlass für die Annahme, durch religiöse Symbole und Kleidung von Lehrkräften werde grundsätzlich der Schulfrieden gefährdet. Dieser Aspekt spielt aber erst unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit der beruflichen Anforderung eine Rolle.

Das Ziel der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates ist in der Deutung, die dem Neutralitätsgesetz zugrunde liegt, alles andere als unumstritten. Zwar ist mehrheitlich akzeptiert, dass ein Neutralitätsgebot dem Grundgesetz zu entnehmen ist.⁸⁹ Das Grundgesetz sieht ein religiös-weltanschauliches Neutralitätsgebot allerdings nicht ausdrücklich vor.⁹⁰ Einigkeit besteht nur insofern, als dieses Gebot regeln soll, wie der Staat sich gegenüber religiös-weltanschaulichen Angelegenheiten verhält.⁹¹ Gestritten wird jedoch darüber, welchen genauen Gehalt das Neutralitätsgebot hat.

Das BVerfG hat im Ludin-Urteil von 2003 nur grundlegende Fragen dazu beantwortet: Nach dem Verständnis des BVerfG ist die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität nicht als eine distanzierende Haltung im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu begreifen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung. Das Gericht führte aus, die Länder könnten allerdings im Schulwesen für eine striktere distanziertere Neutralitätspflicht votieren.⁹² Das ist auch die Argumentation in der Entscheidung, dass die Pflicht

⁸⁸ BVerfG, NJW 2003, 3111ff.; für einen Erhalt des Neutralitätsgebotes *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates: eine liberale Interpretation der Verfassung, 2002, passim; *Gerhard Czermak*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2003, 949 ff.; vgl. zur jüngsten Diskussion um die Ausgestaltung der staatlichen Neutralitätspflicht *Hans-Jürgen Papier*: Aktuelle Herausforderungen im Verhältnis zwischen Staat und Kirche unter besonderer Berücksichtigung der staatlichen Neutralitätspflicht, in: Rainer Ptischas/Arnd Uhle (Hg.): Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1123 ff., Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg, Juristenzeitung (JZ) 2007, 12 ff.

⁸⁹ Vgl. z. B. BVerwGE 42, 346 (347).

⁹⁰ In einigen Landesverfassungen ist das Neutralitätsgebot dagegen ausdrücklich vorgegeben oder zumindest umschrieben, u. a. in Art. 131 BayVerf.; Art. 26 BremVerf.; Art. 56 Abs. 3 HessVerf.

⁹¹ Vgl. *Huster* (2002), 680, 10. These: Kernbereich der Neutralitätsproblematik sei das Verhältnis des Staates zu religiös-weltanschaulichen Sachverhalten.

⁹² Zustimmend u. a. Laskowski, KJ 2003, 420 (434).

besteht, in Berlin am Ethikunterricht teilzunehmen. Diese Entscheidung enthält allerdings weitere wesentliche Argumente:

„Der Landesgesetzgeber, dem die Einführung christlicher Bezüge nicht schlechthin verboten ist und der die kulturell vermittelten, historisch verwurzelten Wertüberzeugungen und Einstellungen sowie die prägende Kraft des christlichen Glaubens und der christlichen Kirchen bedenken darf, hat die in der öffentlichen Pflichtschule unvermeidlichen Spannungen, die bei der gemeinsamen Erziehung von Kindern unterschiedlicher Weltanschauungs- und Glaubensrichtungen entstehen können, unter Berücksichtigung des Toleranzgebots zu einem Ausgleich zu bringen. Ihm obliegt es, im öffentlichen Willensbildungsprozess einen im Blick auf die negative wie die positive Religionsfreiheit der Betroffenen zumutbaren Kompromiss zu suchen. Die dabei gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist indes nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen. Schließlich ist es selbstverständlich, dass der staatliche Erziehungsauftrag auch das Ziel der Herausbildung verantwortlicher Staatsbürger voraussetzt, die gleichberechtigt und dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben können und denen auch soziale Kompetenz im Umgang mit Andersdenkenden zukommt.“⁹³

Damit stellt das Gericht klar, dass „der Umgang mit Andersdenkenden“ wichtiger Bestandteil staatsbürgerlicher Erziehung im demokratischen Verfassungsstaat ist. Daraus ergibt sich gerade kein Gebot unbedingter Distanz, sondern ein Gebot offener Haltung gegenüber dem Religiösen.

Das Neutralitätsgebot des Grundgesetzes ist demnach keines, das um jeden Preis strikte Distanz gebietet.⁹⁴ Es ist in Deutschland zu beachten, dass die zentrale Norm des Religionsverfassungsrechts die Religionsfreiheit ist und diese nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine starke Ausprägung erhalten hat. Die Religionsfreiheit verlangt grundsätzlich, dass Bürgerinnen und Bürgern auch im öffentlichen Raum aktive religiöse

⁹³ BVerfG, Beschluss vom 15.3.2007, 1 BvR 2780/06, Absatz-Nr.36, zit. nach http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070315_1bvr278006.html

⁹⁴ Ebenso *Huster* (2002), S. 660.

Betätigungsmöglichkeiten eröffnet werden. Grundrechte als Abwehrrechte vermitteln den Bürgern und Bürgerinnen gerade die Möglichkeit, in verschiedensten Bereichen zu tun und zu lassen, was sie wollen.⁹⁵ Grundrechte verpflichten deshalb auch die Träger öffentlicher Gewalt, das Mögliche zu tun, um nach Maßgabe des jeweiligen Normbereichs einen möglichst ungestörten und effizienten Gebrauch der Grundrechte zu gewährleisten.⁹⁶ Im Ludin-Urteil des Bundesverfassungsgerichts plädiert das Sondervotum zwar dafür, Grundrechte im Beamtenstatus nur begrenzt zur Geltung kommen zu lassen.⁹⁷ Diese Ansicht zu einem „besonderen Gewaltverhältnis“ ist jedoch überholt. Dass auch Angehörige des öffentlichen Dienstes grundrechtlich geschützt sind, gilt mehrheitlich als klar.⁹⁸

Vor diesem Hintergrund lässt sich sagen, dass staatliche Neutralität nicht vor der Religion, sondern gerade *die* Religionsfreiheit schützen soll.⁹⁹ Die Forderung nach einer Form der Trennung von Staat und Religion, die staatliche Akteure zu strikter Distanz auch gegenüber individueller Religionsausübung verpflichtet, läuft dagegen auf eine Verkürzung des Grundrechtsschutzes hinaus. Ein solcher müsste sich aus der Verfassung selbst dogmatisch rechtfertigen lassen.¹⁰⁰ Das BVerfG¹⁰¹ und ein Großteil der Literatur entnehmen ein religiös-weltanschauliches Neutralitätsgebot des Staates aus Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG sowie Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG. Diese Normen statuieren jedoch keine strikte und strenge Trennung von Staat und

⁹⁵ Vgl. *Karl-Hermann Kästner* (1999): Religiös akzentuierte Kleidung des Lehrpersonals staatlicher Schulen, in: Karl-Hermann Kästner/Knut Wolfgang Nörr/Klaus Schlaich (Hg.): Festschrift für Martin Heckel zum 70. Geburtstag, 1999, 359 (363); *Gerhard Robbers* (1994): Förderung der Kirchen durch den Staat (§ 31), in: Joseph Listl und Dietrich Pirson: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., 1994, 867 (876); Sachs, in: Sachs, GG, 2003, vor Art. 1 Rn. 43.

⁹⁶ Vgl. *Kästner* (1999), 363; in diese Richtung gehend *Robbers* (1994), 876.

⁹⁷ *BVerfG*, NJW 2003, 3111 (3117); in diese Richtung auch *Michael Ronellenfitsch* (1999): Aktive Toleranz in der streitbaren Demokratie, in: Festschrift für Martin Heckel zum 70. Geburtstag, 427 (435, 439); *ders.*, DÖV 1981, 933 (936).

⁹⁸ Vgl. *Battis*, Sachs, GG, 2003, Art. 33 Rn. 74; *Thomas Giegerich* (2001): Religionsfreiheit als Gleichheitsanspruch und Gleichheitsproblem, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hg.): Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, 2001, 241 (270); *Stefan Huster* (2003): Warum die Lehrerin (k)ein Kopftuch tragen darf, in: Peter Häberle/Martin Morlok/Vassilios Skouris (Hg.): Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos zum 70. Geburtstag am 5. Mai 2003, 215 (216).

⁹⁹ Vgl. *Anne Debus*: Das Verfassungsprinzip der Toleranz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1998, 194; *Felix Ekardt*, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2005, 225 (226); *Helmut Goerlich*, NVwZ 1995, 1184 (1184).

¹⁰⁰ Vgl. *Stefan Mückl*, Der Staat 2001, 97 (103, Fn 65).

¹⁰¹ *BVerfGE* 19, 206 (216); ebenso *BVerfGE* 105, 279 (294); 102, 370 (383); 93, 1 (16f.).

Religion im Sinne einer Verneinung jeglichen religiösen Verhaltens im staatlichen Raum.¹⁰² Zwar erstreckt sich das Verbot der Staatskirche in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV zugleich auf organisatorisch-institutionelles und inhaltliches Zusammenarbeiten von Staat und Religionsgemeinschaften, weil andernfalls Staat und Religionsgemeinschaften jeweils ihre Unabhängigkeit verlören. Staatliche Angelegenheiten und Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften dürfen nicht so vermischt werden, dass sie untrennbar verbunden sind.¹⁰³ Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV gebietet dem Staat aber ebenso wenig wie Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 eine strikte Distanz zu Religionsgemeinschaften und religiös geprägten Menschen. Einer anders lautenden Auffassung stehen vor allem Art. 7 Abs. 3 und Abs. 5 GG und Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV entgegen. Diese Vorschriften erlauben gerade die beschränkte Zusammenarbeit von Staat und Religionsgemeinschaften. Sie sind weder verfassungswidriges Verfassungsrecht noch lediglich Ausnahmen vom Grundsatz der Neutralität.¹⁰⁴ Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV sind vielmehr im Zusammenspiel mit Art. 7 Abs. 3 und 5 GG und Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV zu verstehen.

Nicht zuletzt zeigt auch die Abgrenzung zur Laizität in Frankreich, dass das Grundgesetz keine strikte Trennung von Staat und Religion vorgibt.¹⁰⁵ Laizität als die völlige Enthaltensamkeit des Staates in weltanschaulichen Fragen ist als eigenständiges Rechtsprinzip in der französischen Verfassung festgelegt.¹⁰⁶ Demgegenüber erwähnt das Grundgesetz die Neutralität nicht.

Folglich kann der Berliner Gesetzgeber zwar als rechtmäßigen Zweck einer beruflichen Anforderung für Lehrkräfte durchaus religiös-weltanschauliche Neutralität fordern. Er darf dies jedoch nicht im Sinne einer vollständigen

¹⁰² So aber z. B. *Erwin Fischer*, *Volkskirche* ade, 1993, S. 18; *Norbert Janz/Sonja Rademacher*, *NVwZ* 1999, 706 (707).

¹⁰³ Vgl. *BVerfGE* 93, 1 (16); 19, 206 (216); *Stefan Magen*: Staatskirchenrecht als symbolisches Recht, in: *Reprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn*, Nr. 12, 2003, 7; *Bernd Jeand'Heur/Stefan Koriath* (2000): *Grundzüge des Staatskirchenrechts*, 2000, Rn. 161; *Martin Morlok*, in: *Horst Dreier* (Hg.): *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. I, 2. Aufl., 2004 (Dreier, GG, 2004) Art. 137 WRV, Rn. 16; *Czermak*, *NVwZ* 2003, 950 f.; *Magen*: in: *Dieter Umbach/Thomas Clemens* (Hg.): *Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2002 (Umbach/Clemens, GG, 2002), Art. 140 Rn. 56.

¹⁰⁴ So auch *Jeand'Heur/Koriath* (2000), Rn 161.

¹⁰⁵ Ebenso *Michael*, *JZ* 2003, 254 (256).

¹⁰⁶ Vgl. Art. 2 der seit 1958 geltenden französischen Verfassung: „Frankreich ist eine unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik“.

persönlichen Distanzierung vom Religiösen, sondern nur im Sinne eines Gebots einer offenen Haltung gegenüber allen dem Toleranzgebot entsprechenden Religionen tun.¹⁰⁷ Ein derart offenes Neutralitätsgebot verlangt gerade nicht, dass Lehrkräfte auf jegliche religiöse Bekundung verzichten, sondern steht vielmehr einem pauschalen Verbot, im Lehramtsdienst religiöse Kleidung zu tragen, entgegen. Daraus folgt, dass ein striktes Neutralitätsgebot, wie es das Neutralitätsgesetz formuliert, kein rechtmäßiger Zweck im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG ist.¹⁰⁸

4.3.2.2.2 Negative Religionsfreiheit der Schüler und Schülerinnen als rechtmäßiger Zweck

Zudem soll durch das Neutralitätsgesetz ausweislich seiner Gesetzesbegründung die negative Religionsfreiheit von Schülern und Schülerinnen geschützt werden.¹⁰⁹

Die Religionsfreiheit aus Art. 4 GG gewährt Schülern und Schülerinnen die Freiheit einen Glauben zu bilden, d. h. „aus einem Verhaltensangebot zu wählen, sich so oder anders zu verhalten“¹¹⁰. Diese Glaubensbildungsfreiheit schützt einen Schüler oder eine Schülerin aber nicht vor äußeren Einflüssen, die sich im Rahmen einer freien geistigen Auseinandersetzung halten. Zu weitgehend ist daher die in der Literatur geäußerte Ansicht, das Grundrecht richte sich darauf, „unbeeinflusst vom Staat und ebenso von gesellschaftlichen Gruppen und Mächten, einen beliebigen Glauben zu haben, diesen zu wechseln oder auch keinen Glauben zu haben“¹¹¹.

Die Glaubensbildungsfreiheit gewährt dem Einzelnen auch kein Recht darauf, „von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben“¹¹². Ein Recht, mit religiösen und weltanschaulichen Fragen

¹⁰⁷ Gerade die Offenheit gegenüber dem Religiösen fordern auch diejenigen, die religiöser Kleidung zwar ablehnend, aber christlichen Symbolen durchaus befürwortend gegenüberstehen.

¹⁰⁸ Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 4 Rn. 11 geht davon aus, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion gemäß § 9 AGG nur den Religionsgemeinschaften vorbehalten ist. A.A. Laskowski, KJ 2003, 421 (440).

¹⁰⁹ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 6 und 8.

¹¹⁰ Dirk Heckmann, JZ 1996, 880 (886).

¹¹¹ Joseph Listl: Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit (§ 14), in: ders./Dietrich Pirson (Hg.): Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., 1994, 447 (455); wohl auch Jeand'Heur/Korioth (2000), Rn. 75.

¹¹² BVerfGE 93, 1 (16); zuletzt OVG Münster, NJW 2006, 1228: „Die Verwendung christlich-religiöser Symbole beim Großen Zapfenstreich der Bundeswehr verletzt nicht das Grundrecht anderer auf freie und ungestörte Religionsausübung.“

nicht behelligt zu werden, gibt es ebenso wenig wie ein allgemeines Recht, in Ruhe gelassen zu werden.¹¹³ Nähme man ein solches Recht an, geriete man in die Gefahr, die negative Religionsfreiheit als ein Religionsverhinderungsrecht aufzufassen, das es in einer freiheitlichen Ordnung nicht geben kann.¹¹⁴

Die Freiheit der Glaubensbildung ist aber beeinträchtigt, wenn die Beeinflussung die autonome Willensbildung und Entscheidungsfindung des Schülers bzw. der Schülerin behindert und an die Stelle der religiösen Selbstbestimmung die Fremdbestimmung tritt.¹¹⁵

So sieht der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zum Neutralitätsgesetz das dort formulierte Verbot dadurch legitimiert, dass gerade bei Schülerinnen und Schülern „eine intensive Konfrontation mit Überzeugungen der Lehrkräfte und des übrigen pädagogischen Personals zum Gefühl der Ablehnung oder einer erzwungenen Anpassung führen“¹¹⁶ könne. Nur deshalb müsse verhindert werden, dass „anders- oder nicht-gläubige Schülerinnen und Schüler von Lehrerinnen und Lehrern unterrichtet werden, die sichtbare religiöse oder weltanschauliche Symbole bzw. entsprechend auffallende Kleidungsstücke tragen“¹¹⁷.

Rechtmäßiges Ziel des Neutralitätsgesetzes kann hier nur sein, Schüler und Schülerinnen vor einer Fremdbestimmung im Glauben zu schützen. Sie haben aber keinen Anspruch darauf, nicht mit religiösen Symbolen konfrontiert zu werden.

4.3.2.2.3 Angemessene Anforderung

§ 8 AGG verlangt des Weiteren, dass die beruflichen Anforderungen angemessen sind. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Angemessenheit des Verbotes, religiöse und weltanschauliche Symbole und Kleidungsstücke im Lehramtsdienst zu tragen, hinsichtlich der Ziele „Wahrung des Schulfriedens“ und „Schutz der negativen Religionsfreiheit der Schüler und Schülerinnen“ zu prüfen. Wer

¹¹³ *Huster* (2002), 175; wohl auch *Heckmann*, JZ 1996, 884; a.A. *Otto Kimminich*, *Der Staat* 1964, 61 (75, 84); *Eva Götzfried*, NJW 1963, 1961 (1962).

¹¹⁴ *Huster* (2002), 175 f.; *ders.* (2003), 218; ähnlich *Mückl*, *Der Staat* 2001, 126; *Jörg Müller-Volbehr*, JZ 1995, 996 (999).

¹¹⁵ *Huster* (2002), 209; *Sonja Lanzerath* (2003): *Religiöse Kleidung und öffentlicher Dienst – Zur Zulässigkeit dienstrechtlicher Bekleidungsverbote in Schule, Gerichtsbarkeit und Polizei*, 2003, 209; *Martin Morlok*: *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, 375.

¹¹⁶ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 8.

¹¹⁷ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 8.

entgegen der hier vertretenen Auffassung zudem davon ausgeht, dass ein neutrales Äußeres eine wesentliche berufliche Anforderung im Sinne des § 8 AGG ist, muss nun die Angemessenheit dieser Anforderung im Hinblick auf das Ziel „Wahrung der staatlichen Neutralität“ prüfen.

Ausweislich der Begründung zum AGG ist eine berufliche Anforderung angemessen, wenn sie erforderlich ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen beruflichem Zweck und Schutz vor Benachteiligung entspricht.¹¹⁸ In der Literatur wird demzufolge davon ausgegangen, dass die Angemessenheit der beruflichen Anforderung im Zuge einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermitteln ist.¹¹⁹ Die berufliche Anforderung muss also geeignet sein, die (oben geprüften und in Frage gestellten) rechtmäßigen Zwecke zu erreichen, sie muss das mildeste Mittel zur Erreichung dieser Zwecke darstellen und verhältnismäßig im engeren Sinn sein. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn ist gegeben, wenn die berufliche Anforderung einen angemessenen Ausgleich zwischen den rechtlich anerkannten Interessen darstellt.¹²⁰

Im Streit um religiöse Kleidung in der Schule sind zahlreiche Grundrechtspositionen und verfassungsrechtlich anerkannte Interessen berührt. Die Betrachtung soll gerade im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ganzheitlich ausfallen; sie soll auch Aspekte berücksichtigen, die jenseits einer formalrechtlichen Betrachtung den Konflikt tatsächlich prägen. Eine Abwägung aller berührten Interessen muss zu dem Ergebnis führen, dass mit der Anforderung religiös neutraler Kleidung sowohl der geringstmögliche Eingriff in Grundrechte der Beteiligten als auch der bestmögliche Ausgleich zwischen deren Interessen gefunden wurde.

Das durch das Neutralitätsgesetz ausgesprochene Verbot, im Lehramt religiöse Kleidung zu tragen, müsste zunächst also geeignet sein, die Religionsfreiheit der Schüler und Schülerinnen und den Schulfrieden als Teil des staatlichen Erziehungsauftrages aus Art. 7 Abs. 1 GG zu sichern. Dies ist grundsätzlich der Fall. Ein Verbot religiöser Kleidung kann den Schulfrieden sichern, da so ausgeschlossen wird, dass Schülerinnen und Schüler und Eltern gegen eine

¹¹⁸ BT Drs. 16/1780, S. 35.

¹¹⁹ Adomeit/Mohr, AGG, 2007, § 8 Rn. 23; Falke, in: Rust/Falke, AGG, § 8 Rn. 14.

¹²⁰ Vgl. Falke, in: Rust/Falke, AGG, § 8 Rn. 14; Brors, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 8 Rn. 3

Lehrkraft mit religiösem Symbol agieren, protestieren und mobilisieren. So könnten sich – wie in einem Fall eines Scientologen – Schülerinnen und Schüler weigern, am Unterricht teilzunehmen.¹²¹ Gegen Kopftuch tragende Lehrerinnen protestieren bereits verstärkt insbesondere türkische Organisationen, so dass Konflikte bei Schülern und Schülerinnen und deren Eltern aus muslimisch geprägten Staaten zu befürchten sind.¹²² Zum Beispiel schreibt Namo Aziz in „DIE ZEIT“ vom 1.10.2003: „Ich als Muslim [...] würde mein Kind nicht von einer Kopftuchträgerin unterrichten lassen.“ Ein grundsätzliches Verbot, religiöse Kleidung im Lehramt zu tragen, lässt solche Konflikte nicht aufkommen. Es ist also geeignet, um den Schulfrieden zu sichern.

Dieses also grundsätzlich geeignete Mittel muss aber auch angemessen sein, um nicht mit dem AGG zu kollidieren. Dabei sind in rechtlicher Hinsicht maßgeblich die Grundrechte der Beteiligten zu beachten, und zwar sowohl die Grundrechte nach dem Grundgesetz als auch die Gemeinschaftsgrundrechte.¹²³ So sind die Lehrkräfte insbesondere durch die positive, durch Art. 4 GG garantierte Religionsfreiheit, aber auch, sofern es sich um verbeamtete Lehrkräfte handelt, durch Art. 33 Abs. 2–5 GG geschützt. Diese Rechte der Lehrkräfte sind abzuwägen mit der negativen Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler und dem allerdings durch die staatliche Schule eingeschränkten Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG. Entscheidend für diese Abwägung ist, mit welcher Intensität die genannten Grundrechte jeweils betroffen sind.

Für die von dem Neutralitätsgesetz am häufigsten betroffene Gruppe der muslimischen Lehramtsbewerberinnen bzw. Lehrkräfte mit Kopftuch¹²⁴ ist das Kopftuch überwiegend ein wesentlicher Bestandteil ihrer religiösen Identität mit der Folge, dass ein Kleidungsverbot einem Berufsverbot gleichkäme.¹²⁵ Die durch den Glauben geprägte Identität wird von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG¹²⁶, zumindest

¹²¹ Vgl. *VG Schleswig*, Urteil vom 21.1.1998 – 9 A 274/97 (91).

¹²² Vgl. den Aufruf von 60 Akademikerinnen mit Migrationshintergrund für ein Kopftuchverbot „Für Neutralität in der Schule“, taz 14.2.2004.

¹²³ Adomeit/Mohr, AGG, 2007, § 8 Rn. 4.

¹²⁴ Zur Häufigkeit der Betroffenheit siehe unten 5.3.3.1.

¹²⁵ Siehe oben Fn 57

¹²⁶ So *Lanzerath* (2003), 153; *Morlok* (1993), 287; *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink* (2005): Grundrechte Staatsrecht II, 21. Aufl., 2005, Rn. 515; vgl. allgemein zum Identitätsschutz durch Grundrechte Gabriele *Britz*: Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 70, 240, 266, 269, 306.

aber durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG¹²⁷ besonders geschützt.

Für die Schüler und Schülerinnen besteht dagegen – wenngleich wohl quantitativ wie qualitativ geringe – Gefahr, dass sie durch ein religiöses Symbol einer Lehrkraft gehindert werden, ihren Glauben frei zu bilden. Zwar ist nicht auszuschließen, dass von religiösen Symbolen ein Einfluss auf Schüler und Schülerinnen im Sinne einer Werbewirkung ausgehen kann.¹²⁸ Eine solche mögliche Wirkung kann dadurch verstärkt werden, dass Lehrkräfte gerade für jüngere Schüler und Schülerinnen eine Vorbildfunktion haben. Die Schülerinnen und Schüler sind i. d. R. noch minderjährig und in ihrer religiösen Entwicklung nicht gefestigt, also auch als Grundrechtsträgerinnen besonders verletzlich. Zudem sind sie nicht freiwillig, sondern aufgrund der staatlichen Schulpflicht in der potentiell konflikthafter Situation, weshalb die Schule ihnen gegenüber eine besonders stark ausgeprägte Schutzpflicht hat. Dem erheblichen, von einem Verbot religiöser Kleidungsstücke ausgehenden Eingriff in die Religionsfreiheit der Lehrkräfte steht also eine je nach Alter starke Schutzpflicht der Schule für die Schüler und Schülerinnen gegenüber. Dieser kann der Staat aber nachkommen, wenn er die niemals eindeutigen Werbewirkungen eines religiösen Symbols ernst nimmt und mögliche, wegen der religiösen Kleidungsstücke auftretende Konflikte im Einzelfall löst.

Unangemessen ist das pauschale Verbot auch, weil neben dem derzeit politisch aufgeladenen Kleidungsstück Kopftuch vom Verbot auch ein Nonnenhabit oder eine Kippa erfasst wären. Gerade die Begegnung mit anderen Religionen ermöglicht aber, die nach dem Berliner Schulrecht intendierten Ziele des Unterrichts zu erfüllen. Zudem ermöglicht der Unterricht eine Auseinandersetzung mit der Differenz der Religionen, was Voraussetzung für Toleranz ist. Somit ist das

¹²⁷ So *BVerfG*, EuGRZ 1999, 102 (104).

¹²⁸ Allerdings fehlt es an empirischen Untersuchungen über die Wirkung religiöser Symbole auf Schüler und Schülerinnen. In einem anderen Zusammenhang, der Produktwerbung, wird jedoch davon ausgegangen, dass die Betrachtung von Symbolen den Willen des Betrachtenden beeinflussen kann, vgl. *Jörg Fenchel*: Negative Informationsfreiheit – Schutz vor Informationen. Zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit, 1997, 91ff; *BVerwG*, NJW 1959, 1194 (1195).

pauschale Verbot religiöser Kleidung hier unangemessen, also unverhältnismäßig im engeren Sinn.¹²⁹

Aus dem EU-Recht ergibt sich nichts anderes. Auch das Gemeinschaftsrecht kennt die Religionsfreiheit¹³⁰, doch hat der EuGH dazu bislang nur einen Fall entschieden¹³¹. Anders ist die Rechtslage nach der EMRK. Der EGMR hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass der Ermessensspielraum der Nationalstaaten besonders hoch ist, wenn das Verhältnis von Kirche und Staat in Frage steht.¹³² Grund dafür ist die Tatsache, dass die EMRK bei ihrem Inkrafttreten auf sehr unterschiedliche staatskirchenrechtliche Systeme – von der Staatskirche bis zum Säkularismus – traf.¹³³ Der EGMR hat daher Konflikte um das Kopftuch im öffentlichen Raum auch mit Blick auf die jeweiligen nationalen Kontexte entschieden. So hielt er im Fall Dahlab die gegenüber einer Lehrerin in Genf ergangene Verfügung, ihr Kopftuch abzunehmen, für gerechtfertigt, obwohl es offensichtlich keinerlei Beschwerden von Eltern oder Schülern gegeben hatte.¹³⁴ Das schweizerische Bundesgericht hatte argumentiert, das Kopftuchverbot wahre den konfessionellen Frieden in den Schulen und schütze das Interesse der Schulkinder und Eltern, dass in der Schule religiöse Überzeugungen nicht beeinflusst oder verletzt werden.¹³⁵ Der EGMR sah in der Entscheidung des Bundesgerichts keine Verletzung der EMRK, denn das Bundesgericht dürfe den Eingriff in die Religionsfreiheit für „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ halten, da diesbezüglich ein nationaler

¹²⁹ So auch Mahlmann, in Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 24, Rn. 28.

¹³⁰ Siehe oben 3.2.1.1.

¹³¹ EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 – Prais.

¹³² Vgl. EGMR, EuGRZ 2005, 31 (39) m.w.N.; Müller-Elschner, VBIBW 2003, 342 (344).

¹³³ Goerlich, NJW 2001, 2862 (2862); Pabel, EuGRZ 2006, 3 (14 f.).

¹³⁴ EGMR, NJW 2001, 2871 ff. Der EGMR sah keinen Verstoß gegen Art. 9 EMRK. Auch sofern nationale Gerichte der Mitgliedstaaten Bezug auf Art. 9 EMRK genommen haben, erkennen sie im Ergebnis keinen Verstoß gegen Art. 9 EMRK. Berufungsgericht Antwerpen, Urteil vom 14.5.2005, AR/2004/2811 (Hof van Beroep te Antwerpen), siehe den Hinweis auf das Urteil in der Europäischen Kommission: „Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht“, 2007, S. 51, der mit einem an Schüler und Schülerinnen gerichteten Verbot, ein Kopftuch in der Schule zu tragen, verbundene Eingriff in Art. 9 EMRK sei gerechtfertigt; Oberster dänischer Gerichtshof, Urteil vom 21.1.2005, 22/2004, siehe den Hinweis auf das Urteil in Europäische Kommission: „Religion und Weltanschauung in der Beschäftigung – das EU-Recht“, 2007, S. 52: Bekleidungs Vorschriften eines Unternehmens, nach denen keine Kopftücher zugelassen sind, sind kein Verstoß gegen Art. 9 EMRK. Siehe für mehr Informationen zu Belgien und Dänemark: Kubelka/Schian: Causa Kopftuch oder das Rätseln um das Wesen der Erscheinung, in: Europa-Kontakt e.V., Europäischer Informationsbrief Bildung & Beschäftigung – Nr. 6/03.

¹³⁵ Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 12.11.1997, BGE 123 I, 296.

Beurteilungsspielraum gegeben sei, zumal die Lehrerin Kinder im Grundschulalter unterrichte.¹³⁶

Die Entscheidung des EGMR zeigt, dass in bestimmten nationalen Kontexten ein Verbot religiöser Kleidung zulässig ist. Im Fall Dahlab handelt es sich um den Kontext einer strengen Trennung von Staat und Kirche im Kanton Genf.¹³⁷ Auch wenn der spezifische Genfer Säkularismus in der Entscheidung des EGMR keine tragende Rolle spielt, folgt daraus doch, dass nur in derart streng neutralen Rechtsordnungen ein Kleidungsverbot zu rechtfertigen ist.¹³⁸ Deutlich wird dies auch in der Argumentation des EGMR im Fall der türkischen Studentin Leyla Sahin. Hier rechtfertigte der Gerichtshof das Kopftuchverbot an türkischen Universitäten ausdrücklich mit dem türkischen Säkularismus und dessen Funktion für den Schutz des demokratischen Systems und die Rechte der Frauen.¹³⁹ Auch diese Entscheidung ist also auf Deutschland nicht direkt zu übertragen.¹⁴⁰

Zudem wird in der Literatur davon ausgegangen, dass es keinesfalls zwingend sei, dass der EuGH in der Beurteilung eines Kopftuchverbotes dem EGMR folge. Denn, so wird argumentiert, die EMRK verpflichte die Mitgliedstaaten auf ein Minimum an Menschenrechtsschutz, während das europäische Recht und der EuGH mit seinem Schutz vor Diskriminierung darüber hinausgehen könnten.¹⁴¹ Des Weiteren wird hervorgehoben, dass der EGMR als völkerrechtliches Gericht insbesondere im Fall Sahin den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum („margin of appreciation“) zugebilligt hat, um ihr Verhältnis zwischen Staat und Religion zu organisieren. Demgegenüber sei es gerade Aufgabe des EuGH, die Rechtsanwendung der Mitgliedstaaten zu harmonisieren.¹⁴² Also bleibt das pauschale Verbot religiöser Kleidung für Lehrkräfte unangemessen.

¹³⁶ EGMR, NJW 2001, 2871 (2873). Der EGMR sieht Kopftuchverbote insbesondere als gerechtfertigt an, wenn es um den Unterricht jüngerer Kinder geht, so *Widmaier*, ZBR (2002), 258, auch *Müller-Elschner*, VBIBW 2003, 342 (344).

¹³⁷ Vgl. *Debus*, NVwZ 2001, 1355; *Michael*, JZ 2003, (256) 256.

¹³⁸ *Schöbener*, JURA 2003, (186) 190.

¹³⁹ EGMR (4. Kammer), EuGRZ 2005, 31; bestätigt durch EGMR (Große Kammer), EuGRZ 2006, 28; zustimmend *Weber*, DVBl. 2006, 173 ff.; vgl. zur rechtlichen Regelung des Tragens von religiösen Symbolen in der Türkei *Öztürk*, DÖV 2007, 993 ff.; zur Bedeutung der EMRK für den Grundrechtsschutz in der Türkei vgl. *Aras*, ZEuS 2007, 219 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Battis*, JZ 2005, 1095 (1098); *Pabel*, EuGRZ 2006, 3 (16).

¹⁴¹ Loenen, in: Schiek/Chege: European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, 2008, S. 315, 322.

¹⁴² Loenen, s. Fn. 135, , S. 322.

Schließlich können bei der Angemessenheit auch tatsächliche Aspekte eine Rolle spielen. Mittlerweile liegen Anhaltspunkte für die tatsächlichen Wirkungen des Neutralitätsgesetzes vor und damit Gesichtspunkte, die dem Gesetzgeber bei Verabschiedung des Neutralitätsgesetzes nicht bekannt sein konnten. So machen in Berlin Musliminnen immer wieder Erfahrungen, dass ihnen – trotz des AGG – wegen ihres Kopftuches Praktika und Arbeitsstellen verwehrt werden.¹⁴³ Auf dem privaten Arbeitsmarkt stoßen Musliminnen mit Kopftuch dabei gerade auch unter – wenn auch juristisch fehlerhaftem – Hinweis auf das Neutralitätsgesetz auf Ablehnung.¹⁴⁴ Manche Arbeitgeber verkennen den Anwendungsbereich des Neutralitätsgesetzes. So lehnte z. B. ein Schuldirektor es ab, die Schulräume außerhalb der Unterrichtszeiten für VHS-Kurse zur Verfügung zu stellen, da die jeweiligen Kurse von einer Frau mit Kopftuch angeboten wurden. Einer Muslimin wurde die Stelle als Küchenhilfe an einer Schule mit Verweis auf ihr Kopftuch verwehrt.¹⁴⁵ Auf dem privaten Arbeitsmarkt wird der öffentliche Dienst also als „Vorbild“ wahrgenommen. Wenn im öffentlichen Dienst das Kopftuch nicht erlaubt ist, machen die Unternehmen es eben genauso – so die Aussage des Berliner Integrationsbeauftragten Günter Piening.¹⁴⁶ Auch diese tatsächlichen Umstände sprechen also für die Unangemessenheit der pauschalen Regelung.

4.3.2.2.4 Ergebnis der Rechtfertigungsprüfung

Die mit dem Neutralitätsgesetz verbundene unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion lässt sich nach der hier angestellten Prüfung nicht rechtfertigen. Insbesondere lässt sich ein distanziertes, striktes Neutralitätsgebot nicht halten. Ein solches Gebot ist dem Grundgesetz gerade nicht zu entnehmen und daher keine legitime Anforderung an eine Berufstätigkeit. Zwar ist es denkbar, dass ein pauschales Verbot religiöser Kleidungsstücke im Lehramtsdienst geeignet ist, den Schulfrieden zu wahren. Ebenso kann ein solches Verbot vor der – wenngleich quantitativ und qualitativ mit geringer Wahrscheinlichkeit bestehenden – Gefahr einer Beeinflussung durch ein Kopftuch schützen. Ein solches Verbot ist aber nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Das pauschale Verbot führt vielmehr bei religiös gekleideten Lehrkräften zu gravierenden Eingriffen in die Religionsfreiheit,

¹⁴³ Siehe zur Darstellung „Mit Kopftuch außen vor?“ 2008.

¹⁴⁴ Vgl. auch BAG, NJW 2003, 1685 ff. zur Kündigung einer Verkäuferin wegen des Kopftuches.

¹⁴⁵ Siehe die Nachweise in „Mit Kopftuch außen vor?“ 2008

¹⁴⁶ taz 11.2.2008.

die in einer umfassenden Abwägung überwiegen. Zudem ist die negative Vorbildwirkung des Neutralitätsgesetzes auf dem privaten Arbeitsmarkt zu berücksichtigen.¹⁴⁷

4.3.3 Mittelbare Benachteiligung bezüglich der Religion

Ein grundsätzliches Verbot religiöser Kleidung im Lehramt kann auch eine mittelbare Benachteiligung wegen der muslimischen Glaubenszugehörigkeit gemäß § 3 Abs. 2 AGG darstellen. Diese Prüfung ist zwingend, wenn im Neutralitätsgesetz – entgegen der hier vertretenen Auffassung, aber wie bislang in der Rechtsprechung zu den Kopftuch-Konflikten – keine unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion gesehen wird.¹⁴⁸

4.3.3.1 Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung

Das Verbot der mittelbaren Benachteiligung soll – im Kern im Sinne einer Beweislastregel – verhindern, dass eine Benachteiligung bestimmter Personen hinter anscheinend neutralen Unterscheidungskriterien „versteckt“ wird.¹⁴⁹ Voraussetzung für das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung ist gemäß § 3 Abs. 2 AGG, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, ohne dass diese Vorschriften zur Erreichung eines rechtmäßiges Zieles sachlich gerechtfertigt, angemessen und erforderlich sind. Die Gesetzesbegründung des AGG verlangt qualitativ, dass eine hinreichend konkrete Gefahr besteht, dass dem Benachteiligten im Vergleich zu Angehörigen anderer Personengruppen ein besonderer Nachteil droht.¹⁵⁰ Voraussetzung für das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung wegen der Religion gemäß § 3 Abs. 2 AGG ist demnach zunächst, dass innerhalb einer repräsentativen Vergleichsgruppe eine Personengruppe wegen des Merkmals „Religion“ in relevantem Maße schlechter behandelt wird als eine andere.¹⁵¹

¹⁴⁷ Im Ergebnis ebenso bezüglich des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbotes (§ 57 Abs. 4 NRW-SchulG) Walter/von Ungern-Sternberg, DVBl 2008, 880 ff. (insb. 888).

¹⁴⁸ Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 18 nennt Kleidungs Vorschriften als ein Beispiel für die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Benachteiligung.

¹⁴⁹ Baer/Wrase, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 2006, 401 (404).

¹⁵⁰ Bundestagsdrucksache 16/1780, S. 33.

¹⁵¹ Vgl. Bundestagsdrucksache 16/1780, S. 33; Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 37ff.

Die unterschiedliche Betroffenheit muss erheblich genug sein, um eine Diskriminierungsvermutung zur rechtfertigen. Der mindestens erforderliche quantitative oder qualitative Grad der nachteiligen Betroffenheit in der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte ist nicht abschließend geklärt.¹⁵² Hinsichtlich des Geschlechts hat der EuGH das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung insbesondere davon abhängig gemacht, ob prozentual messbare Unterschiede zwischen Männern und Frauen in der Vergleichsgruppe vorliegen. Der Anteil der Frauen in einer Belegschaft, die von einer negativen Maßnahme betroffen sind, musste z. B. prozentual erheblich höher sein als der der Männer.¹⁵³ Zum Teil hat der EuGH aber auch geringfügige Ungleichheiten als ausreichend erachtet.¹⁵⁴ Überträgt man diese Rechtsprechung des EuGH auf das Merkmal „Religion“, so kann eine mittelbare Benachteiligung wegen der Religion jedenfalls festgestellt werden, wenn eine Personengruppe mit dieser Merkmalsausprägung innerhalb einer Vergleichsgruppe prozentual stärker belastet ist als eine andere ohne diese Merkmalsausprägung.¹⁵⁵

In der Literatur wird zudem davon ausgegangen, dass eine benachteiligende Wirkung auch vorliegt, wenn die Benachteiligung in besonderer Weise plausibel ist.¹⁵⁶ Für die Annahme, dass eine Plausibilitätsprüfung ausreichen kann, spricht, dass sich der Wortlaut des § 3 Abs. 2 AGG – ebenso wie der Wortlaut der Richtlinien – von der Rechtsprechung des EuGH insoweit unterscheidet, als laut § 3 Abs. 2 AGG eine mittelbare Benachteiligung vorliegt, wenn eine Maßnahme „in besonderer Weise benachteiligen“ kann. Zudem hat der EuGH in der Rechtssache O'Flynn selbst eine mittelbare Diskriminierung angenommen, ohne dass entsprechende Statistiken vorlagen.¹⁵⁷ Die Plausibilitätsprüfung verlangt dann aber anderweitig objektivierbare Daten.¹⁵⁸ Bauer/Göpfert/Krieger gehen schließlich davon aus, dass sich eine mittelbare Benachteiligung auch durch eine besondere Intensität der Beeinträchtigung ausdrücken kann.¹⁵⁹ Eine spezifische

¹⁵² Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 4 Rn. 40.

¹⁵³ EuGH, Rs. C-343/92, Slg. 1994, I-571, Rn. 33 – Roks.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-167/97, Slg. 1999, I-623, Rn. 61 – Seymour-Smith.

¹⁵⁵ Vgl. Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 37; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 3 Rn. 25.

¹⁵⁶ Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 43.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 23.5.1996, Rs. C-237/94 – O'Flynn.

¹⁵⁸ Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 3 Rn. 48.

¹⁵⁹ Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 3 Rn. 27.

Kausalität ist darüber hinaus – entgegen einer anderslautenden Ansicht in der Literatur¹⁶⁰ – nicht zu fordern.¹⁶¹

Für Verbote religiöser Kleidung und Symbole im öffentlichen Dienst ist das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung wegen der Religion in der Literatur umstritten.¹⁶² Die Rechtsprechung in Deutschland hat bislang in den Kopftuchverboten nicht ausdrücklich eine mittelbare Benachteiligung wegen der Religion gesehen.¹⁶³ Im Ludin-Urteil bezeichnete das BVerfG allerdings eine Regelung, nach der es zu den Dienstplichten einer Lehrerin gehört, auf religiöse Erkennungsmerkmale zu verzichten, deshalb als wesentlich im Sinne der Wesentlichkeitstheorie, weil ein Kopftuchverbot Menschen unterschiedlicher Religionszugehörigkeit unterschiedlich betreffe, je nachdem ob sie die Befolgung bestimmter Bekleidungsitten als zur Ausübung ihrer Religion gehörig ansehen oder nicht.¹⁶⁴ Das BVerfG geht also offensichtlich von der Möglichkeit einer mittelbaren Benachteiligung durch das Kopftuchverbot aus, ohne diese als solche ausdrücklich zu benennen.

In Berlin gibt es ausreichende tatsächliche Hinweise darauf, dass das Neutralitätsgesetz zu einer mittelbaren Benachteiligung von muslimischen Frauen,

¹⁶⁰ Unter Rückgriff auf eine Entscheidung des EuGH (EuGH 170/84, Slg. 1986, 1607, Rn. 29 – Bilka) wird zum Teil verlangt, dass zwischen der statistisch erwiesenen benachteiligenden Wirkung und dem verpönten Merkmal eine besondere Kausalität bestehen müsse. Damit soll der Anwendungsbereich des Verbots der mittelbaren Benachteiligung eingeschränkt und verhindert werden, dass Arbeitgebern „gesamtgemeinschaftliche Probleme aufgebürdet“ werden, so z. B. Wank, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des Europäischen Arbeitsrechts, 2002, § 16, Rn. 163.

¹⁶¹ Gegen diese Anforderung spricht, dass der Anwendungsbereich der mittelbaren Benachteiligung bereits durch die erleichterten Rechtfertigungsanforderungen eingeschränkt wird und damit der „Verwender der statistisch benachteiligenden Kriterien von der Gesamtverantwortung für gesellschaftliche Stratifizierungen zu Lasten diskriminierter Gruppen“ befreit wird, vgl. Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3, Rn. 42. Zudem hat auch der EuGH seit der Entscheidung Nimz von dieser zusätzlichen Anforderung Abstand genommen; EuGH, C-184/89, Slg. 1991, I-257, Rn. 12 – Nimz.

¹⁶² Eine mittelbare Benachteiligung durch ein Verbot religiöser Kleidung im öffentlichen Dienst nimmt an Britz, KJ 2003, 95 (96); Giegerich: Religionsfreiheit als Gleichheitsanspruch und Gleichheitsproblem, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hg.): Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, 241 (267, 269f.) und Langenfeld: Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten: eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland, 2001, 553 lassen offen, ob sie von unmittelbarer oder mittelbarer Benachteiligung ausgehen.

¹⁶³ Vgl. z. B. BVerwG, Urteil vom 24.6.2004 = NJW 2004, 3581 (3584): „Ein Vollzugsdefizit, das auf eine mittelbare Benachteiligung hinausliefere (vgl. dazu Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000, ABI EG L 303/16), ist in der Regelung nicht angelegt.“

¹⁶⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2003, 3111 (3116).

die Kopftuch tragen, wegen deren Religionszugehörigkeit führt.¹⁶⁵ Zwar liegen über die Anwendung des Neutralitätsgesetzes keine statistisch aufschlussreichen Daten vor. In Berlin unterrichtete seit Inkrafttreten des Neutralitätsgesetzes – nach Auskunft der zuständigen Senatsverwaltung – bislang eine Referendarin mit Kopftuch. Dieser ist das Kopftuchtragen aber nicht untersagt worden, sondern es wurde von der Ausnahmeregel des § 3 des Gesetzes zu Art. 29 BLNVerf Gebrauch gemacht. Darüber hinaus sind aus dem Schuldienst keine Anwendungsfälle bekannt.

Eine mittelbare Benachteiligung von Frauen, die wegen ihrer muslimischen Religionszugehörigkeit ein Kopftuch tragen, kann hier aber plausibel durch anderweitig objektivierbare Daten nachgewiesen werden. Das ergibt sich aus drei Gesichtspunkten:

Erstens spricht für die Plausibilität einer solchen Benachteiligungsvermutung, dass Muslime einen relevant hohen Anteil an den religiös geprägten Menschen in Berlin stellen. So gibt es in Berlin nach offiziellen Angaben ca. 730.000 evangelische und ca. 320.000 römisch-katholische Christen¹⁶⁶, ca. 220.000 Muslime¹⁶⁷ sowie insgesamt – alle unterschiedlichen orthodoxen Ausrichtungen mitgezählten – ca. 30.000 orthodoxe Christen¹⁶⁸ und ca. 11.000 Juden¹⁶⁹. Die Mitgliederzahlen weiterer Religionsgemeinschaften sind verschwindend gering.¹⁷⁰ Gemäß diesen Zahlen ist zwar davon auszugehen, dass das Neutralitätsgesetz überwiegend Menschen mit christlicher Glaubenszugehörigkeit trifft. Allerdings tragen Christen und Christinnen in Deutschland ganz überwiegend keine erkennbar religiös motivierte Kleidung. Sofern sie ein Kreuz als Anhänger an einer Halskette tragen, soll dieses wohl ausweislich der Begründung zum Neutralitätsgesetz nicht von dem Verbot erfasst sein. So heißt es in der Begründung: „Diese bereichsspezifische Differenzierung wird durch eine gegenstandsbezogene Differenzierung ergänzt, wonach nur sichtbare religiöse und weltanschauliche

¹⁶⁵ Damit ist eine Teilgruppe aus der Gruppe der Musliminnen betroffen. Zur Benachteiligung von Teilgruppen einer Gruppe vgl. Rust, in Rust/Falke, AGG, 2007, § 3 Rn. 32.

¹⁶⁶ Das Statistische Jahrbuch Berlin 2007 nennt für 2006 732.890 Mitglieder der evangelischen und 321.445 Mitglieder der römisch-katholischen Kirche.

¹⁶⁷ Die Zahl schlussfolgern wir aus dem Statistischen Jahrbuch Berlin 2007, S. 151: dort sind für 2005 214.190 Mitglieder der islamischen Religionsgemeinschaft genannt.

¹⁶⁸ Das Statistische Jahrbuch Berlin 2007, S. 151f.

¹⁶⁹ Das Statistische Jahrbuch Berlin 2007 nennt für 2006 11.022 Mitglieder der jüdischen Gemeinde.

¹⁷⁰ Das Statistische Jahrbuch Berlin 2007, S. 151f.

Symbole und entsprechend auffallend geprägte Kleidung untersagt sind. Symbole, die als Schmuckstücke getragen werden, sind nicht von der Regelung erfasst, da sie nicht die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft demonstrieren.“¹⁷¹

Dagegen spielt für zahlreiche religiöse Muslime und Musliminnen in Deutschland ihre Religionszugehörigkeit als Identität stiftender Faktor eine große Rolle. Dieser Identität verleihen insbesondere zahlreiche Musliminnen durch das Tragen des Kopftuches Ausdruck.¹⁷² Zwar ist auch für andere in Berlin vorhandene Religionsgemeinschaften das Tragen religiöser Kleidung wichtig, so z. B. für Juden und Jüdinnen, Sikhs, Sanyasin und wohl auch für Quäker, Herrnhuter und Mennoniten. Allerdings ist die Anzahl der Mitglieder dieser Religionsgemeinschaften in Berlin bedeutend geringer als die der Muslime und Musliminnen.¹⁷³ Ein Verbot religiöser Kleidung im Lehramtsdienst wird also gegenwärtig faktisch überwiegend nur muslimische Kopftuchträgerinnen treffen. Zweitens kann das Verbot religiöser Kleidung und Symbole Musliminnen, die ein Kopftuch tragen, besonders intensiv beeinträchtigen. Während die Kopftuch tragenden Musliminnen nämlich angeben, das Abnehmen des Kopftuches bedeute für sie das Erleben von Scham, haben Christinnen nichts Vergleichbares zum Ablegen eines Kreuzes als Kettenanhänger und Sanyasins auch nicht zum Ändern der Farbe ihrer Kleidung vorgetragen.

Insbesondere spricht drittens für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung von Lehrkräften mit muslimischer Glaubenszugehörigkeit, die ein Kopftuch tragen, dass das Neutralitätsgesetz in der Öffentlichkeit zum Teil als „Lex Kopftuch“ angesehen wird.¹⁷⁴ Dieser Gedanke liegt insofern nahe, als das Neutralitätsgesetz auch in Reaktion auf ein bestimmtes religiöses Symbol, nämlich das Kopftuch,

¹⁷¹ Abgeordnetenhaus von Berlin, Drs. 15/3249, S. 7. Wobei der Gesetzgeber sich selbst nicht genau im Klaren darüber war, wie Schmuckstücke von den sichtbaren Symbolen abgegrenzt werden sollten, vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Plenarprotokoll 15/62, S. 5196, 5198, 5200.

¹⁷² S. z. B. *Klinkhammer*, *Moderne islamische Lebensführung*, 2000, passim und *Nökel*, *Die Töchter der Gastarbeiter und der Islam. Zur Soziologie alltagsweltlicher Anerkennungspolitik. Eine Fallstudie*, 2002, passim.

¹⁷³ Laut Statistischem Jahrbuch Berlin 2007 zählen die Quäker 30, die Herrnhuter 411 und die Mennoniten 130 Mitglieder in Berlin. Über die Anzahl der Sikhs in Berlin liegt keine Angabe vor, vgl. aber zu Sikhs in Berlin <http://www.gurdwara-berlin.de/index.htm>. Sanyasins sind eine Bewegung, die in Deutschland in den 1980er Jahren verstärkt auftrat, seitdem aber keine nennenswerte Mitgliederzahl mehr hat. Zudem hob Rajneesh 1985 den Brauch des Tragens von roter Kleidung auf, 1987 legten die Sanyasins auch die Mala ab.

¹⁷⁴ *taz*, 11. 2.2008; vgl. Baer/Wrase, *KritV* 2006, 401 (408): „Gesellschaftspolitisch geht es weder in Baden-Württemberg noch andernorts um ein Verbot der Kippa oder des Turbans, sondern um das islamische Kopftuch.“

verabschiedet wurde. Zudem war dem Berliner Gesetzgeber klar, dass das Gesetz vor allem Musliminnen treffen würde. So handelt das einzige konkrete Beispiel in der Begründung des Neutralitätsgesetzes vom Kopftuch:

„Beispielsweise kann sich eine muslimische Frau, die sich bewusst gegen das Tragen eines Kopftuchs entschieden hat, dadurch vom Staat beeinträchtigt fühlen, dass eine Polizistin aus dem Gefühl religiöser Verpflichtung heraus ein solches trägt und damit implizit zum Ausdruck bringt, dass sich andere Muslime nicht korrekt verhalten, wenn sie dieses nicht tragen.“¹⁷⁵ Und der rechtspolitische Sprecher der SPD-Fraktion im Abgeordnetenhaus sagte in der Plenardebatte zum Neutralitätsgesetz: „Für die SPD-Fraktion ist der Streit um ein Neutralitätsgesetz, vulgo Kopftuchgesetz, vor allem der Ausdruck eines gesellschaftlichen Problems. Wie gehen wir damit um, dass in unserer Zeit erstmals deutsche Muslime in Berufe drängen, mit deren Auftrag die extremen Ideologien des so genannten politischen Islam unvereinbar sind? – Klar ist, eine Ideologie, die den Islam auf die Unterordnung der Frauen, die Unterordnung des Staates unter die Scharia und eine wortgetreue Auslegung des Koran reduziert, darf die Autorität des Staates nicht für sich in Anspruch nehmen.“¹⁷⁶

Folglich spricht viel dafür, eine mittelbare Diskriminierung von Angehörigen des muslimischen Glaubens durch das Kopftuchgesetz anzunehmen.

4.3.3.2 Rechtfertigung

Eine mittelbare Benachteiligung wegen der Religion hinsichtlich der Lehrkräfte mit muslimischer Religionszugehörigkeit wäre aber dennoch gemäß § 3 Abs. 2 AGG ausgeschlossen, wenn die ungleiche Behandlung der benachteiligten Gruppe durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichen dieses Zieles angemessen und erforderlich sind. In der rechtswissenschaftlichen Literatur zum AGG ist umstritten, ob eine mittelbare Diskriminierung bereits durch einfache Sachgründe gerechtfertigt werden kann¹⁷⁷ oder an die Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung ähnlich strenge Anforderungen wie an die einer unmittelbaren Benachteiligung zu legen sind.¹⁷⁸ Der Gesetzgeber ging dagegen

¹⁷⁵ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 8.

¹⁷⁶ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/62, S. 5196.

¹⁷⁷ So Adomeit/Mohr, AGG, 2007, § 3 Abs. 2 Rn. 104.

¹⁷⁸ So Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 3 Rn. 56.

laut der Gesetzesbegründung nicht davon aus, dass das Maß der Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung hinter dem der Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung zurückbleiben sollte.¹⁷⁹ Ausgehend vom Ziel des Tatbestandes der mittelbaren Benachteiligung – Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten im Rahmen des Benachteiligungsverbot – ist jedenfalls kein absolutes Gefälle zwischen den Rechtfertigungsgründen für die unmittelbare und für die mittelbare Benachteiligung anzunehmen.¹⁸⁰ Andererseits ist die Eingriffstiefe bei der mittelbaren Benachteiligung nicht in allen Fällen so tief wie bei der unmittelbaren Benachteiligung. Deshalb kann in einigen Fällen der Maßstab für einen sachlichen Grund für eine mittelbare Benachteiligung weniger streng sein als der für einen Rechtfertigungsgrund für eine unmittelbare Benachteiligung.¹⁸¹ Bezüglich des Neutralitätsgesetzes ist aber davon auszugehen, dass unmittelbare und mittelbare Benachteiligung jeweils zu einer drastischen Folge für Musliminnen mit Kopftuch führt, nämlich deren Ausschluss aus dem öffentlichen Lehramtsdienst. Für die Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung ist deshalb dieselbe Prüfung gefordert wie für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann¹⁸²: Das pauschale Verbot religiöser Kleidung stellt sich demnach als in pädagogischer Hinsicht nicht erforderlich und zudem als unangemessen dar. Damit liegt eine mittelbare Benachteiligung wegen der Religion zulasten bestimmter Glaubensrichtungen vor.

4.3.4 Benachteiligung wegen des Geschlechts

Das Neutralitätsgesetz könnte zudem gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts verstoßen. Da im Neutralitätsgesetz ausdrücklich keine Bezugnahme auf das Geschlecht erfolgt, liegt keine unmittelbare Benachteiligung vor.¹⁸³ In Betracht kommt aber das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung i. S. d. § 3 Abs. 2 AGG.

¹⁷⁹ Vgl. Bundestagdrucksache 16/1780, zu § 3 Abs. 2 und zu § 8.

¹⁸⁰ Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 3 Rn. 55b.

¹⁸¹ Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2008, § 3 Rn. 56.

¹⁸² S. oben 4.3.2.2.

¹⁸³ Vgl. aber zu Aspekten unmittelbarer Benachteiligung durch ein Verbot religiöser Symbole Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3, Rn. 41 und § 4, Rn. 10.

Voraussetzungen für das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung sind gemäß § 3 Abs. 2 AGG – wie zuvor gezeigt –, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, ohne dass sie zur Erreichung eines rechtmäßiges Zieles sachlich gerechtfertigt, angemessen und erforderlich sind. Es müssen also hier Menschen wegen des Geschlechts de facto schlechter behandelt werden als andere.

In der Literatur ist die Frage umstritten, ob eine Regelung, die das Tragen religiöser Kleidungsstücke im öffentlichen Dienst verbietet, eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts darstellt.¹⁸⁴ Ebenso hat sich die Rechtsprechung zur mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts in den Kopftuchfällen unterschiedlich verhalten: Der EGMR hielt im Fall Dahlab das dort geltende Verbot, religiöse Symbole im öffentlichen Dienst zu tragen, für eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts.¹⁸⁵ Dagegen haben das BAG in der Entscheidung über die gegenüber einer Verkäuferin ausgesprochene Kündigung wegen ihres Kopftuches¹⁸⁶ und das BVerfG im Urteil zur muslimischen Lehrerin mit Kopftuch¹⁸⁷ und im Beschluss zum Kopftuch einer Verkäuferin¹⁸⁸ eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht thematisiert. Das BVerfG hat aber das Vorliegen mittelbarer Benachteiligungen in anderen Konflikten um die Gleichberechtigung durchaus anerkannt.¹⁸⁹ Die dort entwickelten Kriterien sind auf das Neutralitätsgesetz zu übertragen.

Überzeugende Gründe sprechen dafür, eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts durch das Neutralitätsgesetz nach § 3 Abs. 2 AGG anzunehmen. Zwar lässt sich eine solche mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts

¹⁸⁴ Für eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts Schiek, in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 44. Für das EU-Recht so auch Loenen: in: Schiek/Chege: European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, 2008; für die Beurteilung mit maßgeblichem Blick auf das deutsche Verfassungsrecht Britz, KJ 2003, 95 (97f.); Baer/Wrase, JuS 2003, 1162 (1163); für die Beurteilung nach hessischem Verfassungsrecht Sacksofsky in ihrem Antrag als Landesanwältin beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen vom 28. April 2005 – AR 30/05 gegen die entsprechende Norm im hessischen Schul- und Beamtengesetz, abrufbar unter <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifoer1/sacksofsky/Landesanwaltschaft/index.html>.

¹⁸⁵ EGMR, NJW 2001, 2871 (2873) – Dahlab/Schweiz; im Ergebnis hielt der EGMR diese Benachteiligung aber für gerechtfertigt; s. auch HessStGH, Ur. vom 10.12.2007, Az. P.St. 2016.

¹⁸⁶ BAGE 103, 111.

¹⁸⁷ BVerfG, NJW 2003, 3111ff.

¹⁸⁸ BVerfG, NJW 2003, 2815.

¹⁸⁹ BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393.

statistisch ebenso wenig wie eine mittelbare Benachteiligung wegen der Religionszugehörigkeit nachweisen. Jedoch liegt eine mittelbare Benachteiligung auch vor, wenn deutlich ist, dass eine Maßnahme tatsächlich ganz mehrheitlich ein Geschlecht treffen kann, also – so die Literatur – eine Benachteiligung in besonderer Weise plausibel scheint. Davon ist hier auszugehen:

Erstens betrifft das Neutralitätsgesetz im Schuldienst hauptsächlich Frauen, weil Frauen den erheblich höheren Anteil an Lehrkräften in Berlin stellen.¹⁹⁰

Zweitens unterliegen überwiegend Frauen Kleidungs Vorschriften, die mit dem Neutralitätsgesetz kollidieren. So nehmen zumindest einige Muslime und Musliminnen eine Pflicht der Frauen an, ein Kopftuch zu tragen.¹⁹¹ Zwar kennt das islamische Recht auch Vorschriften für die Kleidung von Muslimen, z. B. keine Seiden- oder Brokatstoffe zu tragen.¹⁹² Die so vorgeschriebene Kleidung ist aber weniger deutlich als das Kopftuch als religiös geprägt erkennbar. Zudem existiert im islamischen Recht auch eine Pflicht der Männer, ihren Kinn und Wangenbart nicht zu rasieren.¹⁹³ Barthaare werden von dem Neutralitätsgesetz zwar weder im Gesetzestext noch in der Begründung ausdrücklich erfasst, es ist aber zumindest denkbar, dass der Bart eines muslimischen Lehrers oder Lehramtsbewerbers als religiöses Symbol im Sinne des Neutralitätsgesetzes gelten könnte. Dies wird umso wahrscheinlicher sein, je eher der Lehrer sich auch deutlich sichtbar als Muslim, z. B. in langen Gewändern kleidet. Demnach kann das durch das Neutralitätsgesetz statuierte Verbot, religiöse und weltanschauliche Symbole und Kleidung zu tragen, auch muslimische Männer treffen. Dennoch ist davon

¹⁹⁰ So waren 2007/2008 von insgesamt 28.103 Lehrkräften an öffentlichen Schulen in Berlin 19.741 weiblich und 8.362 männlich, s. Berliner Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung, Bildung für Berlin, Schuljahr 2007/2008, Schulstatistik.

¹⁹¹ 97 % der im Rahmen einer Konrad-Adenauer-Studie 2006 befragten 315 Kopftuchträgerinnen hielten es für eine religiöse Pflicht, dass Musliminnen ein Kopftuch tragen, siehe *Jessen/von Wilamowitz-Moellendorf*: Das Kopftuch – Entschleierung eines Symbols?, in: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (Hg.): Zukunftsforum Politik Broschürenreihe Nr. 77, 2006, S. 23. Zu muslimischen Organisationen in Deutschland, die eine sich aus dem Koran ergebende Pflicht der Frau, ein Kopftuch zu tragen, annehmen, vgl. *Islamische Gemeinschaft Milli Görüs* (1998); Erklärung des Zentralrates der Muslime in Deutschland v. 14.7.1998, zit. In: *Ömer Alan/Ulrich Steuten*, ZRP 1999, 212, wiederholt in *Zentralrat der Muslime* (2000); Ridvan Çakir, Vorsitzender der Türkisch-Islamischen Union der Anstalt für Religion, Ditib, im Interview in DIE ZEIT 3.6.2004; ebenso Interview in FAZ 8.2.2005 mit zwei Vertretern der Ditib.

¹⁹² Heine, in: Khoury/ Heine/ Oebbecke, Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, 2000, S. 185.

¹⁹³ Vgl. z. B. Andreas Neumann, Islamwissenschaftliche Übersetzung und Kommentierung des Artikels „Kinn- und Wangenbart“ aus dem 35. Band der sunnitischen „Islamrechtswissenschaftlichen Enzyklopädie“, Kuwait, 4. Auflage 1414 / 1993.

auszugehen, dass das Verbot innerhalb der Muslime Frauen stärker betrifft als Männer. Zwar lässt sich statistisch nicht nachweisen, wie viele muslimische Frauen in Berlin ein Kopftuch und wie viele muslimische Männer in Berlin einen Bart tragen. Nach Anschauung der Verfasserinnen ist aber das Berliner Straßenbild deutlich mehr von Frauen mit Kopftuch als von muslimisch wirkenden Männern mit Bart geprägt. Zudem erscheint es so, dass muslimische Männer, die aus religiösen Gründen einen Bart tragen, weniger als muslimische Frauen mit Kopftuch daran interessiert sind, sich am staatlichen Leben zu beteiligen und zum Beispiel in den Lehramtsdienst treten wollen. Bislang ist jedenfalls aus dem gesamten Bundesgebiet nicht bekannt geworden, dass ein muslimischer Mann mit religiös motiviertem Bart eine Stelle als Lehrer an einer öffentlichen Schule antreten wollte. Es erscheint demnach plausibel, dass innerhalb der Muslime Frauen von dem Neutralitätsgesetz stärker betroffen sind als Männer.

Die Annahme, dass Frauen von dem Neutralitätsgesetz stärker betroffen sind als Männer, bleibt auch dann plausibel, wenn weitere in Berlin existierende Religionen mit in den Blick genommen werden. Zwar sehen Juden ebenso wie Sikhs wohl nur für Männer eine Pflicht vor, sich religiös zu kleiden – nämlich die Kippa bzw. einen Turban zu tragen. Die Anzahl der Mitglieder dieser Religionsgemeinschaften in Berlin ist aber im Vergleich zu den Muslimen in Berlin bedeutend geringer.¹⁹⁴ Somit führt das Neutralitätsgesetz zu einer mittelbaren Benachteiligung wegen des weiblichen Geschlechts.

Diese lässt sich nicht als sachlich gerechtfertigt, angemessen und erforderlich bezeichnen. Hier gilt das bereits oben Gesagte entsprechend: Eine pauschale Regelung kollidiert mit dem AGG. Oder anders gesagt: „Durch ein Kopftuchverbot und die daraus resultierende Ausgrenzung von Musliminnen aus dem staatlichen Schuldienst kann nur wenig bis gar nichts für die Gleichstellung gewonnen werden.“¹⁹⁵

¹⁹⁴ Allerdings bleibt es einer gesonderten Prüfung überlassen, ob das Neutralitätsgesetz hinsichtlich Juden und Sikhs zu einer mittelbaren Diskriminierung wegen des männlichen Geschlechts führt.

¹⁹⁵ Baer/Wrase, KritVJ 2006, 401 (416).

4.3.5 Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft

Das Neutralitätsgesetz könnte des Weiteren eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft darstellen und dadurch ebenfalls mit dem AGG kollidieren.

Ausweislich der Begründung zum AGG ist das Merkmal „ethnische Herkunft“ in § 1 AGG weit zu verstehen. Es erfasse Benachteiligungen wegen der „Rasse“, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums (im Sinne des ethnischen Ursprungs). Benachteiligungen sollen durch dieses Merkmal auch dann erfasst sein, wenn scheinbar auf die Staatsangehörigkeit oder Religion abgestellt werde, in der Sache aber die ethnische Zugehörigkeit gemeint sei.¹⁹⁶ In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird unter „ethnischer Herkunft“ die Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Menschen verstanden, die kulturell, sozial und historisch eine Einheit bilden, deren Mitglieder durch gemeinsame Eigenschaften wie, z. B. Kultur, Sprache, Tradition, Religion, Gebräuche, verbunden sind und die sowohl in der Selbst- als auch in der Fremdwahrnehmung als kulturell unterscheidbar gilt.¹⁹⁷ Muslime und Musliminnen in Deutschland gelten als ethnische Minderheit.¹⁹⁸

Durch das Neutralitätsgesetz wird nicht unmittelbar an eine „ethnische Herkunft“ der Lehrkräfte angeknüpft, eine unmittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft scheidet demnach aus. Denkbar ist allerdings eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft, weil deutlich ist, dass das Neutralitätsgesetz besonders Personen trifft, die einer Gruppe angehören, die gegenüber der Mehrheitsgesellschaft als kulturell unterscheidbar gilt. Dafür spricht, dass durch das Neutralitätsgesetz in erheblicher Anzahl Musliminnen betroffen sind.¹⁹⁹ Die Musliminnen in Berlin sind überwiegend in erster oder zweiter Generation aus Ländern wie der Türkei, Afghanistan und Pakistan nach Berlin migriert und gehören demnach einer kulturell als unterscheidbar geltenden Gruppe an. Die Anzahl dieser Menschen „ethnischer Herkunft“ innerhalb der Muslime und Musliminnen ist weitaus höher als die Anzahl der zum Islam

¹⁹⁶ Bundestagsdrucksache 16/1780, S. 31.

¹⁹⁷ Falke, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 1 Rn. 20.

¹⁹⁸ Vgl. Falke, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 1 Rn. 20, 25; Walter/von Ungern-Sternberg, DVBl. 2008, 880 (888).

¹⁹⁹ S. oben S. 47.

konvertierten Personen deutscher Herkunft.²⁰⁰ Insofern kann von einer mittelbaren Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft ausgegangen werden. Diese lässt sich nicht als durch ein sachliches Ziel begründet, angemessen und erforderlich rechtfertigen.²⁰¹

4.3.6 Ergebnis hinsichtlich der Lehrkräfte

Insgesamt stellt sich die pauschale Regelung des Neutralitätsgesetzes hinsichtlich der Berufsgruppe der Lehrkräfte als unvereinbar mit den Anforderungen des AGG an auch im Einzelfall angemessene Regelungen dar. Im Hinblick auf die Lehramtsreferendarinnen und -referendare ist die Unangemessenheit der Regelung angesichts des staatlichen Ausbildungsmonopols noch eindeutiger.²⁰² Ein Verstoß gegen das AGG liegt aber nicht vor, wenn in der Praxis immer vom Ausnahmetatbestand des § 4 des Gesetzes zu Art. 29 BLNVerf Gebrauch gemacht wird.

4.4 Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetzes mit dem AGG hinsichtlich Erziehern und Erzieherinnen

Durch den reformierten § 7 Abs. 5 KitaG wird dem Betreuungspersonal in Tageseinrichtungen in öffentlicher Trägerschaft auferlegt, die weltanschaulich-religiöse Neutralität zu achten. Ein ausdrückliches Verbot, religiöse Kleidung und sichtbare Symbole zu tragen, ist dagegen für das Betreuungspersonal nicht formuliert. § 7 Abs. 6 KitaG schlägt aber eine Lösung für den Fall vor, dass die Erziehungsberechtigten eines Kindes unter Berufung auf ihre negative Glaubensfreiheit ausdrücklich wünschen, dass das Betreuungspersonal keine sichtbaren religiösen Symbole und Kleidungsstücke trägt. In diesem Fall soll zunächst ein Vermittlungsgespräch zwischen den Erziehungsberechtigten und dem Betreuungspersonal stattfinden. Hierbei soll die Leitung der Einrichtung Ansprechpartner und Vermittler zwischen den unterschiedlichen Interessenlagen

²⁰⁰ Die Tatsache, dass mehrere gerichtliche Entscheidungen in anderen Bundesländern konvertierte Musliminnen mit Kopftuch ohne Migrationshintergrund betreffen, spricht nicht gegen diese Annahme, da dieses Phänomen auf Selektionseffekte zurückzuführen ist.

²⁰¹ S. oben S. 43. A.A. Walter/von Ungern-Sternberg, DVBl, 880 (886); sie nehmen zwar eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft an, halten diese aber für gerechtfertigt.

²⁰² Vgl. BVerwG, Urteil vom 26.6.2008, Az. BVerwG 2 C 22.07: Das BVerwG hat entschieden, dass das reformierte Bremer Schulgesetz, das auch ReferendarInnen das Tragen religiöser Kleidung und Symbole ausnahmslos verbietet, insoweit verfassungswidrig ist.

sein.²⁰³ Wenn die Erziehungsberechtigten danach weiterhin wünschen, dass das Betreuungspersonal keine religiösen Symbole und Kleidungsstücke trägt, so soll dem entsprochen werden – entweder durch organisatorische Veränderungen in der Tageseinrichtung oder im Bereich des öffentlichen Trägers.

4.4.1 Benachteiligung aufgrund der Religion

Wenngleich diese Regelung für Erzieher und Erzieherinnen kein grundsätzliches Verbot, religiöse Symbole und Kleidung zu tragen, formuliert – vielmehr wird eine grundsätzliche Genehmigung mit Verbotsvorbehalt statuiert –, so knüpft sie dennoch unmittelbar an die Religionsausübung an.²⁰⁴ Fraglich ist allerdings, ob durch die Regelung des Konfliktlösungsverfahrens religiös geprägte Erzieher und Erzieherinnen schlechter behandelt werden als nicht religiös geprägte. Schließlich kommt es in Kindertagesstätten und sonstigen Kinderbetreuungsstätten immer wieder einmal zu Konflikten zwischen Erziehungsberechtigten und Betreuungspersonal. Das in § 7 Abs. 6 KitaG statuierte Verfahren erweckt auch nicht den Eindruck eines Sonderverfahrens. Allerdings enthält § 7 Abs. 6 KitaG eine starke gesetzliche Wertung zulasten des religiös geprägten Betreuungspersonals. § 7 Abs. 6 KitaG sieht vor, dass die Erziehungsberechtigten letztlich einen Anspruch darauf haben, dass das Betreuungspersonal keine sichtbaren religiösen Symbole und Kleidungsstücke trägt. Bleibt das Vermittlungsgespräch also ohne Erfolg, so muss die Erzieherin ihr Kopftuch abnehmen, sofern sich keine andere Stelle innerhalb der Tageseinrichtung oder anderer Einrichtungen des Trägers findet. § 7 Abs. 6 KitaG führt demnach zu einer unmittelbaren Benachteiligung wegen der Religion im Sinne von § 1 und § 3 Abs. 1 AGG.

4.4.2 Rechtfertigung

Die unterschiedliche Behandlung müsste nach § 8 AGG gerechtfertigt sein.

Die Regelung verfolgt mit dem Schutz der Religionsfreiheit der Kinder und des Erziehungsrechts der Eltern grundsätzlich ein rechtmäßiges Ziel.

Die Regelung müsste zudem erforderlich sein. Hier ist zu berücksichtigen, dass ein Eingriff in diese Rechte der Kinder und der Eltern in den wenigsten Fällen

²⁰³ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 15/3249, S. 10.

²⁰⁴ S. oben 4.3.2.1.

denkbar ist. Zuvor ist bereits für Schüler und Schülerinnen gezeigt worden, dass eine Beeinflussung durch das religiöse Kleidungsstück einer Lehrerin zwar vorstellbar, aber eher selten ist.²⁰⁵ Für die Kinder in staatlichen Kinderbetreuungsstätten ist ein solcher Eingriff noch weniger denkbar: Hinsichtlich eines möglichen Eingriffs in die Religionsfreiheit der Kinder und das Erziehungsrecht der Eltern ist je nach Tageseinrichtung zu differenzieren, in der die Erzieherin eingesetzt wird, da diese wiederum nach dem Alter der Kinder differenziert sind. Während in Kinderkrippen und -gärten Kinder vom 3. Monat bis zum Beginn der Schulpflicht aufgenommen werden, werden in Horten schulpflichtige Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres betreut. In Kinderkrippen und -gärten sind Kinder nicht grundrechtsmündig und damit nicht Träger der Religionsfreiheit. Insofern kommt nur ein Eingriff in das religiöse Erziehungsrecht der Eltern in Betracht. Zu einem solchen Eingriff wird es eher selten kommen. Erstens liegt keine Zwangssituation vor, die bei den Lehrerinnen ein entscheidendes Kriterium ist. Der Besuch einer Kindertageseinrichtung ist nicht verpflichtend. Etwas anderes ergibt sich auch nicht dadurch, dass ab dem 3. Lebensjahr des Kindes nach § 24 SGB VIII ein Anspruch auf den Besuch eines Kindergartens besteht, denn dieser ist einer Besuchspflicht nicht gleichzusetzen. Zweitens spielt in der Schule eine Rolle, dass die Lehrerin gegenüber ihren Schützlingen i. d. R. (Amts-)Autorität und persönliche Vorbildfunktion besitzt. Im Kindergarten steht allerdings das Spiel und nicht die Notenvergabe im Vordergrund. Drittens spielt für die Beurteilung des Kopftuches in der Schule eine Rolle, dass die Schüler und Schülerinnen mit dem Kopftuch dauerhaft konfrontiert sind. Auch diesbezüglich ist die Situation im Kindergarten anders. So müssen die Kinder die Erzieherin anders als im Unterricht nicht anblicken und sind z. T. nur stundenweise in der Tageseinrichtung. In Horten sind grundrechtsmündige Kinder. Aber auch hier ist mangels Besuchspflicht und Notenvergabe durch die Erzieherinnen unwahrscheinlich, dass sie durch ihr Kopftuch die Hortkinder in ihrer Religionsfreiheit durch Fremdbestimmung beeinträchtigen können. In diesen Einrichtungen sind Konflikte wegen sichtbarer religiöser Symbole und Kleidungsstücke des Betreuungspersonals jedoch nicht auszuschließen. Angesichts der beschriebenen Situation wäre ein pauschales Verbot jedenfalls

²⁰⁵ S. oben 4.3.2.2.3.

nicht zu rechtfertigen. Das durch § 7 Abs. 6 KitaG vorgeschlagene Verfahren erscheint demgegenüber geeignet und erforderlich, um solche Konflikte zu lösen. Es ist, soweit es auch tatsächlich Anwendung findet, angemessen, da es Einzelfalllösungen vorschreibt.

Daher ist zwingend darauf zu achten, dass in der Praxis die Vorgaben des Gesetzes berücksichtigt werden. Daran ergeben sich auch schon angesichts der Wirkung des Neutralitätsgesetzes auf die öffentliche Wahrnehmung Zweifel. So wurden laut Informationen der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung in Berlin zwei Erzieherinnen an Kindertagesstätten wegen ihres Kopftuches abgelehnt.²⁰⁶ Die Regelung des § 7 Abs. 6 KitaG wird laut der ehemaligen Leiterin der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung, Frau Kroker-Stille, als eingeschränktes Kopftuchverbot wahrgenommen. Als solches habe die Regelung – so Frau Kroker-Stille – entmutigende Wirkung auf Frauen mit Kopftuch in der Erzieherinnenausbildung. Von einigen jungen Frauen mit Kopftuch wurde die Entscheidung, eine Erzieherinnenausbildung zu machen, wegen der fehlenden Aussicht auf eine Stelle im Anschluss ganz verworfen.²⁰⁷ Insgesamt kommt es also für die Beurteilung der Angemessenheit der vorgeschlagenen Konfliktlösung auf die Umsetzung des KitaG an.

4.5 Exkurs: Vereinbarkeit des Neutralitätsgesetz mit dem AGG hinsichtlich Polizisten und Polizistinnen

Für Polizisten und Polizistinnen gilt gemäß § 1 des Gesetzes zu Art. 29 BLNVerf ein grundsätzliches Verbot, sichtbare religiös-weltanschauliche Symbole und Kleidung im öffentlichen Dienst zu tragen. Hinsichtlich der Benachteiligungstatbestände lassen sich die Ausführungen zu Lehrkräften auf Polizisten und Polizistinnen und Bewerber und Bewerberinnen für den Polizeidienst übertragen: Das Neutralitätsgebot führt zu einer unmittelbaren Benachteiligung wegen der Religion und zu einer mittelbaren Benachteiligung wegen der muslimischen Glaubenszugehörigkeit, des weiblichen Geschlechts und der ethnischen Herkunft.

²⁰⁶ Vgl. „Mit Kopftuch außen vor?“ 2008, S. 6.

²⁰⁷ Vgl. „Mit Kopftuch außen vor?“ 2008, S. 6.

Diese Benachteiligung kann nicht gerechtfertigt werden. Eine solche Rechtfertigung lässt sich weder aus einem verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebot noch aus einem für den Polizeidienst geltenden speziellen Neutralitätsgebot noch aus der negativen Religionsfreiheit der betroffenen Bürger und Bürgerinnen herleiten: In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird zwar zum Teil angenommen, für die Polizei gelte das Gebot strikter religiös-weltanschaulicher Neutralität. Im Bereich der Polizei trete der Staat dem Bürger primär in seiner Funktion als Hoheitsträger gegenüber. Die Polizistin übe das staatliche Gewaltmonopol aus.²⁰⁸ Die Herleitung einer solchen strikten Neutralität für Bereiche staatlicher Hoheitsgewalt kann aber nicht überzeugen.²⁰⁹ Auch die Begründung eines für den Polizeidienst geltenden Neutralitätsgebotes muss sich zwingend an der Religionsfreiheit aus Art. 4 GG messen lassen. Ein striktes Neutralitätsgebot kann einem Polizisten oder einer Polizistin, die sich religiös kleiden, nur dann entgegengehalten werden, wenn ein solches Gebot überzeugend aus den Artikeln des Grundgesetzes hergeleitet werden kann. Das Grundgesetz gibt eine strikte Trennung von Staat und Gesellschaft aber nicht ausdrücklich vor. Grundrechte als Abwehrrechte bedeuten die Möglichkeit des bzw. der Einzelnen, in verschiedensten Bereichen zu tun und zu lassen, was er bzw. sie will. Freiheit muss gegen Verhaltenshindernisse geschützt werden. Das gilt auch für den Polizeidienst. Die Religionsfreiheit darf demnach grundsätzlich auch im Polizeidienst ausgeübt werden.

Auch das Argument, dass ein grundsätzliches Verbot eines religiösen Erscheinungsbildes im Polizeidienst erforderlich ist, um das Vertrauen der Bürger und Bürgerinnen in die Polizei zu erhalten, ist nicht zutreffend. Es gibt keinen empirischen Nachweis dafür anzunehmen, das Ansehen der Polizei würde geschädigt, wenn Polizistinnen Kopftücher tragen. Beispiele aus anderen Ländern zeigen vielmehr, dass Polizisten durchaus ordnungsgemäß ihren Dienst versehen können, wenn sie ihre religiöse Zugehörigkeit durch ihre Kleidung sichtbar machen. In Kanada trägt z. B. ein Sikh als Polizist einen Dienstturban. Denkbar ist allerdings, dass durch religiöse Symbole und Kleidung von Polizisten und Polizistinnen die Religionsfreiheit der betroffenen Bürger beeinträchtigt wird. Zwar ist kaum vorstellbar, dass zum Beispiel eine Polizistin mit einem Kopftuch

²⁰⁸ Lanzerath (2003), 189 f.

²⁰⁹ S. oben S. 32.

Bürgerinnen und Bürger, mit denen sie dienstlich zu tun hat, religiös beeinflusst. Anders als die Lehrerin begegnet eine Polizistin Bürgerinnen i. d. R. nur kurz, ohne dass sich ein Autoritätsverhältnis ergibt, innerhalb dessen die Polizistin nachhaltig erzieherisch auf die Bürger einwirken könnte. Eher ist es möglich, dass die Polizistin mit einem Kopftuch bei einem intensiveren Kontakt, wie der Zeugenprotokollaufnahme, die betroffene Bürgerin psychisch beeinträchtigen könnte, z. B. weil es sich um eine Iranerin handelt, die bereits im Iran Pressalien ausgesetzt war, weil sie sich über die religiös geprägten Kleidungs Vorschriften hinweggesetzt hat. Allerdings wird es zu einem solchen Konflikt eher selten kommen, so dass sich daraus nicht rechtfertigen lässt, Polizisten und Polizistinnen grundsätzlich das Tragen religiöser Kleidung und Symbole im öffentlichen Dienst zu verbieten.

Zuletzt lässt sich als Besonderheit bei der Polizei noch anführen, dass die Berliner Polizei erhebliche Integrationsbemühungen für Menschen mit Migrationshintergrund unternimmt. Ein pauschales Verbot religiöser Kleidung entfaltet demgegenüber geradezu kontrafaktische Wirkung. Eine gezielte Einstellung von Menschen mit erkennbarem Migrationshintergrund – und damit eben auch von Kopftuchträgerinnen – könnte sogar nach § 5 AGG gerechtfertigt sein.

5 Empfehlungen an den Gesetzgeber

Der Berliner Gesetzgeber hat – anders als andere Landesgesetzgeber – die unmittelbare Benachteiligung verschiedener Religionen im Gesetzestext vermieden. Dennoch ist das Neutralitätsgesetz vor dem Hintergrund des AGG in seiner Generalität und nicht zuletzt angesichts der erst jetzt erkennbaren tatsächlichen Wirkungen kritisch zu beurteilen. Nach der hier vertretenen Ansicht liegen unmittelbare bzw. mittelbare Benachteiligungen hinsichtlich der Religion wie auch hinsichtlich des Geschlechts und der ethnischen Herkunft vor, die nach den Maßstäben des AGG kaum gerechtfertigt werden können. Gegen das Neutralitätsgesetz bestehen deshalb starke europa- und verfassungsrechtliche Bedenken. Ein Beibehalten des Gesetzes ist unter diesen Umständen zwar denkbar, dem Gesetzgeber aber kaum anzuraten. Vielmehr ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, das Gesetz – eingedenk der sachlichen Ziele für den jeweiligen

Tätigkeitsbereich – grundrechts- und bundes- sowie europarechtskonform neu zu fassen.

Da sich der Konflikt mit dem AGG insbesondere im Zusammenhang mit der Unangemessenheit des Neutralitätsgesetzes ergibt, kommt eine Konfliktregelung für den Einzelfall in Betracht, die mit Regelbeispielen bekannte Konfliktlagen aufgreifen und so eventuell problematische Handlungsspielräume der Dienstherrn einschränken wie auch die problematische Wahrnehmung in der Öffentlichkeit verändern kann. Jedenfalls ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, über dieses Gutachten hinaus eine rechtssoziologische Evaluation des Gesetzes hinsichtlich der tatsächlichen Folgen für die Integration vorzunehmen, da Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Angehörige bestimmter Religionen von bestimmten Erwerbstätigkeiten systematisch ausgeschlossen werden. Diese Evaluation konnte und sollte diese Expertise nicht leisten.

Für Konfliktlösungen im Einzelfall kommt selbstverständlich auch ein Rückgriff auf die anerkannten Grundsätze des Rechts des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung des AGG in Betracht. Konflikte wegen religiöser Kleidung und Symbole der Lehrkräfte an öffentlichen Schulen könnten maßgeblich nach dem Berliner Landesbeamtenengesetz gelöst werden. Erforderlich für eine solche Lösung wäre, dass der Berliner Gesetzgeber das Neutralitätsgesetz aufhebt. Dies steht dem Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG frei, solange er eben Einzelfallentscheidungen will. Rheinland-Pfalz²¹⁰ hat beispielsweise ebenso wie Hamburg beschlossen, keine ausdrücklichen Regelungen für religiöse Kleidung und Symbole von Lehrkräften an öffentlichen Schulen zu treffen.

Berlin kann seinem nicht zuletzt in dem Neutralitätsgesetz bekundeten Toleranzverständnis²¹¹ jedenfalls besser gerecht werden, wenn es das Neutralitätsgesetz ändert oder sogar aufhebt.

Unabhängig von dem Neutralitätsgesetz werden zugleich staatliche Maßnahmen zum Schutz und zur Unterstützung derjenigen muslimischen Mädchen und Frauen erforderlich bleiben, die kein Kopftuch tragen wollen, jedoch in einem Umfeld leben, in dem sie ihren Willen schwer durchsetzen können. Denn kein Kopftuch zu

²¹⁰ Vgl. Landtag Rheinland-Pfalz (LT Rhlp), Drs. 14/3074 (Antwort des Ministeriums für Bildung, Frauen und Jugend auf eine Kleine Anfrage).

²¹¹ Vgl. Abgeordnetenhaus von Berlin, Drs. 15/3249, S. 5.

tragen ist ebenso von der Religionsfreiheit geschützt wie das Tragen eines Kopftuches.