

Kopftuchverbote im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis im Lichte des unionsrechtlichen Diskriminierungsschutzes

Azim Semizoglu

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Unionsrechtlicher Rahmen
- III. Kopftuchverbote als diskriminierende Maßnahme
- IV. Unternehmerische Neutralitätsregel als Rechtfertigungsgrund

I. Einleitung

Die Verhüllung von muslimischen Frauen ist in einer multikulturellen und multi-religiösen Gesellschaft wie der deutschen zweifelsohne ein konfliktbeladenes und gesellschaftspolitisch höchstkontrovers diskutiertes Thema, das mit der starken Migrationsbewegung seit 2015 nach Europa, insbesondere nach Deutschland, nochmal intensiver und auch emotionaler diskutiert wird. Von diesem Diskurs ist die juristische Auseinandersetzung nicht verschont geblieben. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Tragen eines Kopftuches verboten werden kann, beschäftigt seit mehr als 20 Jahren Rechtsprechung¹ und Literatur.²

1 Siehe: BVerfGE 108, 282; BVerfGE 138, 296; BVerfG, 1 BvR 354/11; VGH Kassel, Beschl. v. 24.05.2017, Az. 1 B 1056/17; BayVGH Urt. v. 07.03.2018, Az. 3 BV 16.2040; BAGE 103, 111; ArbG Berlin vom 24.05.2018 – 58 Ca 7193/17.

2 Siehe: *Martin Nettesheim*, Grundgesetz und Verbot eines „Kinderkopftuchs“. Zur Diskussion über Kopftuchverbote für Schülerinnen. Gutachten im Auftrag von TERRE DES FEMMES Menschenrechte für Frauen e.V., Tübingen, 2019; *Rudolf Steinberg*, Kopftuch und Burka – Laizität, Toleranz und religiöse Homogenität in Deutschland und Frankreich, Baden-Baden 2015; *Benjamin Rusteberg*, Das Kopftuchverbot als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren, JZ 2015, 637–644; *Claudio Franzius*, Vom Kopftuch I zum Kopftuch II, Der Staat 2015, 435–452; *Katharina Haupt*, Verfassungsfragen zum muslimischen Kopftuch

Eine reine national-rechtliche Betrachtung der Thematik würde aber aufgrund des allgemeinen europarechtlichen Schutzes der Religionsfreiheit³ und spezielleren europarechtlichen Vorgaben für gewisse Gesellschaftsbereiche zu kurz greifen. Eine dieser Vorgaben, die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000,⁴ zielt

von Erzieherinnen in öffentlichen Kindergärten, Frankfurt am Main 2010; *Kristine Kinzinger-Büchel*, Der Kopftuchstreit in der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung: Eine verfassungsrechtliche Analyse, Bonn 2009; *Rike Sinder*, Das Kopftuchverbot für Richterinnen, Der Staat 2008, 459–476; *Kirsten Wiese*, Lehrerin mit Kopftuch – Zur Zulässigkeit eines religiösen und geschlechtsspezifischen Symbols im Staatsdienst, Berlin 2008; *Sonja Rademacher*, Das Kreuz mit dem Kopftuch – Wieviel religiöse Symbolik verträgt der neutrale Staat?, Baden-Baden 2005; *Sonja Lanzerath*, Religiöse Kleidung und öffentlicher Dienst: Zur Zulässigkeit dienstrechtlicher Bekleidungsverbote in Schule, Gerichtsbarkeit und Polizei, Frankfurt am Main (u. a.) 2003.

3 Siehe für religions- bzw. weltanschauungsbezogene Normen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 7. Dezember 2000, ABl. C 364/1, BGBl. 2008 II, 1165 (GR-Charta): Art. 10 (Bekenntnisfreiheit), Art. 14 III (Erziehungsrecht der Eltern), Art. 21 (Diskriminierungsverbot), Art. 22 (Garantie der Religionsvielfalt); siehe für solche Normen im Sekundärrecht: Art. 20 II S. 3 RL 2010/13/EU (RL 2010/13/EU v. 10. März 2010, ABl. EU 2010 L 95/1 – Verbot Gottesdienste und Sendungen religiösen Inhalts durch Werbung zu unterbrechen), Verordnung über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung (VO (EG) Nr. 1099/2009 v. 24. Sept. 2009, ABl. EU L 303/1) – Vorgaben bzgl. des Betäubungsgebots für Schlachttiere im Falle des religiösen Schlachtens), Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG v. 4. November 2003, ABl. EU 2003 L 299/9 – Ausnahmenvorschriften für Arbeitnehmer des liturgischen Bereichs).

4 Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG 2000 L 303/16.

– wie es ihr Titel schon zeigt – auf die „Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ ab. Es verwundert daher nicht, dass diese Thematik auch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) erreicht hat.⁵ Erstmals hat die Große Kammer des EuGH am 14. März 2017 zwei Urteile in einem Vorlageverfahren zur unionsrechtlichen Zulässigkeit von Kopftuchverboten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen gefällt.⁶ Diese Urteile ließen die notwendige Tiefe und Ausführung in einigen relevanten Punkten vermissen.⁷ Am 30. Januar 2019 hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) dem EuGH nun Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die ein Kopftuchverbot gegenüber einer Angestellten eines Drogeriemarktes betreffen.⁸ Die in Aussicht stehende Entscheidung des EuGH gibt Anlass zur erneuten wissenschaftlichen Befassung mit der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zur Thematik.

Im Folgenden wird zunächst der unionsrechtliche Rahmen nachgezeichnet (II.). Sodann folgen Ausführungen zur Frage, ob Kopftuchverbote, insbesondere wenn sie auf einer unternehmerischen Neutralitätsregelung fußen, eine diskriminierende Maßnahme darstellen (III.). Diesem Punkt schließen sich Gedanken zur möglichen Rechtfertigung einer solchen Maßnahme an (IV.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit und Ausblick (V.).

5 Burkhard Boemke, Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung durch Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuches, in: juris-ArbR 25/2017, Anm. 2, S. 1–4 (1).

6 EuGH, *Samira Achbita ./. G4S Secure Solutions NV*, Rs. C-157/15, Urteil v. 14. März 2017, ECLI:EU:C:2017:203; *Asma Bougnaoui ./. Micro-pole SA*, Rs. C-188/15, Urteil v. 14. März 2017, ECLI:EU:C:2017:204.

7 Siehe dazu die Ausführungen unter Gliederungspunkt IV.

8 BAG, Beschluss v. 30. Januar 2019 – 10 AZR 299/18 (A).

II. Unionsrechtlicher Rahmen

Der primärrechtliche Ausgangspunkt für den hier behandelten Themenkomplex ist Art. 19 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁹, wonach der Rat ermächtigt wird, „geeignete Vorkehrungen“ zu treffen, um Diskriminierungen¹⁰ aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Allerdings verankert Art. 19 AEUV kein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot, weshalb sich Einzelne nicht auf ihn berufen können;¹¹ vielmehr stellt er eine Rechtsgrundlage für den Erlass von Sekundärrecht dar.¹² Daneben normiert Art. 21 Abs. 1 Grundrechtecharta (GR-Charta) besondere Diskriminierungsverbote für sämtliche personen-gebundenen Merkmale,¹³ die allerdings im privatrechtlichen Verhältnissen ebenfalls nicht unmittelbar zur Anwendung gelan-

9 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung) v. 26. Oktober 2012, ABl. C 326/47.

10 Diskriminierung ist eine Ungleichbehandlung, die nicht gerechtfertigt ist, s. dazu: *Jochen Mohr*, in: Martin Franzen/Inken Gallner/Hartmut Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage 2020, Art. 2 RL 2000/78/EG, Rn. 5.

11 *Astrid Epiney*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 19 AEUV, Rn. 1; *Jacob Jousen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, in: RdA 2003, S. 32–39 (34); *Kerstin Odendahl*, in: Sebastian Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 45 Rn. 44, 48; *Andreas Haratsch*, in: Eckart Klein (Hrsg.), Rassistische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten, 2002, S. 195 (204); *Florian Stork*, Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, 2006, S. 48 ff.; *Markus Sprenger*, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, 2006, S. 34 f.

12 *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) (Fn. 11), Art. 19 AEUV Rn. 1.

13 *Rudolf Streinz*, in: Rudolf Streinz, EUV/AEUV-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 21 GR-Charta Rn. 4.

gen.¹⁴ Die Voraussetzungen einer Diskriminierung, die Bedingungen von etwaigen Rechtfertigungsmöglichkeiten und sonstige rechtliche Vorgaben hinsichtlich unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote sind vielmehr im Sekundärrecht in Form von Richtlinien dargelegt und konkretisiert; sie legen das konkrete Prüfprogramm fest.

Im Falle von Kopftuchverboten, die im Rahmen von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ausgesprochen werden, ist die Richtlinie 2000/78/EG die einschlägige sekundärrechtliche Antidiskriminierungsvorschrift. Diese gilt gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie¹⁵ im Rahmen der auf die Union übertragenen Zuständigkeit für alle Personen in öffentlichen sowie privaten Bereichen in Bezug auf u. a. (lit. c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und somit auch auf Kündigungen aufgrund von Kopftuchverboten im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.¹⁶

III. Kopftuchverbote als diskriminierende Maßnahme

1. Das Diskriminierungsmerkmal „Religion“

Ausgangspunkt für die juristische Auseinandersetzung in dieser Sache ist die Frage, inwiefern das Tragen eines Kopftuches aus religiösen Gründen von der Richtlinie überhaupt geschützt ist. Nach Art. 1 bezweckt die Richtlinie die Bekämpfung der Diskriminierung u. a. aufgrund der Religion oder Weltanschauung. Das Merkmal Religion erfasst dabei sowohl das *Forum internum*, also den Umstand, Überzeugungen zu haben,

als auch das *Forum externum*, also die Bekundung des Glaubens.¹⁷ Dabei wird verlangt, dass das Verhalten eine enge religiöse Konnotation aufweisen muss;¹⁸ ggf. muss diese hinreichend und plausibel dargelegt werden.¹⁹ Das Tragen eines Kopftuches aus religiösen Gründen weist als Teil der Glaubensbekundung gerade diese enge religiöse Konnotation auf und ist somit zweifelsohne von Art. 1 der Richtlinie umfasst.²⁰

2. Arten der Diskriminierung

In der Dogmatik der Diskriminierungsverbote haben sich zwei Arten von Diskriminierungsverboten herausgebildet, die in der Rahmenrichtlinie auch legal definiert sind: das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung. Diese grundlegende Unterscheidung ist für die weitere juristische Bewertung auf der Rechtfertigungsebene von wesentlicher Bedeutung, denn der Maßstab der Rechtfertigung orientiert sich an der Art der Diskriminierung. An die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung werden weitaus strengere Bedingungen geknüpft als an die der mittelbaren Diskriminierung.²¹

14 Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Art. 21 Rn. 9, 10.

15 Alle nachfolgenden Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche der Richtlinie 2000/78/EG.

16 In Deutschland wurde die Richtlinie durch das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14. August 2006 umgesetzt; wesentlicher Bestandteil des Umsetzungsgesetzes war das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006, BGBl. 2006 I, 1897.

17 Achbita ./ G4S Secure Solutions NV (Fn. 6), Rn. 25–28; Bougnaoui ./ Micropole SA (Fn. 6), Rn. 27–30; Mohr (Fn. 10), Art. 1 Rn. 16.

18 EGMR, Eweida et al. ./ The United Kingdom, 48420/10, Entscheidung vom 15.1.2013, ECHR Reports 2013-I, S. 215; die Rechtsprechung des EGMR kann aufgrund Art. 53 GR-Charta bei der Auslegung der die GR-Charta konkretisierenden Richtlinie herangezogen werden, was zusätzlich dadurch verstärkt wird, dass der Unionsgesetzgeber im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie Bezug auf die EMRK und somit auch auf Art. 9 der EMRK genommen hat.

19 EGMR, Kosteski ./ „The Former Yugoslav Republic of Macedonia“, 55170/00, Entscheidung vom 13.4.2006.

20 EGMR, Leyla Sahin ./ Turkey, 44774/98, Entscheidung vom 10.11.2005, ECHR Reports 2005-XI, S. 173.

21 Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht. Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH v. 14.3.2017 in den Rs. C-157-15 (Achbita) und C-188/15 (Bougnaoui), in: EuR 2017, S. 700–725 (702).

In Art. 2 Abs. 2 definiert die Richtlinie jeweils die (lit. a) unmittelbare und (lit. b) mittelbare Diskriminierung. Danach ist eine *unmittelbare* Diskriminierung gegeben, wenn eine Person wegen einer der in Art. 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Von einer *mittelbaren* Diskriminierung ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. b) hingegen die Rede, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, einem bestimmten Alter oder einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Dies ist schon dann zu vermuten, „wenn als Differenzierungskriterium, dass die nachteilige Folge bewirkt, zwar nicht unmittelbar die Zugehörigkeit zur geschützten Personengruppe dient (z. B. Personen eines fortgeschrittenen Alters oder mit einer bestimmten Behinderung), aber ein scheinbar neutrales Merkmal, das im Ergebnis überwiegend von Personen mit dem Merkmal verwirklicht wird.“²² Die Diskriminierung wird gerade nicht direkt an ein bestimmtes Merkmal angeknüpft – wie bei einer unmittelbaren Diskriminierung –, sondern an ein scheinbar neutrales Kriterium, das theoretisch auch nicht geschützte Personen treffen kann, im Ergebnis aber vor allem geschützte Personen trifft.²³

3. Unternehmerische Neutralitätsregel als Diskriminierung

Am 14. März 2017 hat die Große Kammer des EuGH zwei Urteile gefällt, denen im Kern ähnliche Sachverhalte zugrunde liegen: In beiden Fällen haben Unternehmen gegenüber Arbeitnehmerinnen Kündigungen ausgesprochen, weil sie der Aufforderung, während der Arbeit ihr Kopftuch abzunehmen, nicht nachgekommen sind. In beiden Fällen beriefen sich die Unterneh-

men bei der Begründung des Kopftuchverbotes auf das Anliegen, nach außen hin neutral wirken zu wollen.²⁴ Im Fall von *Samira Achbita* beruht das Verbot auf einer Neutralitätsregel, wonach es Arbeitnehmenden verboten war, „am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen und/oder jeglichen Ritus, der sich daraus ergibt, zum Ausdruck zu bringen.“²⁵ In dieser Regelung sieht der EuGH aus nachstehenden Gründen eine lediglich mittelbare Diskriminierung: Das Verbot betreffe *alle* politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen und diskriminiere somit den islamischen Glauben nicht besonders; es finde also keine Diskriminierung *zwischen* den Religionen und auch nicht gegenüber politischen oder philosophischen Überzeugungen statt. Es handele sich um eine Betriebsregelung als Ausdruck einer allgemeinen und unterschiedslos geltenden Neutralitätspolitik.²⁶ Zumal sei zu berücksichtigen, dass in allen Fällen, in denen der EuGH eine unmittelbare Diskriminierung angenommen habe, es sich stets um unabänderliche Körpermerkmale oder persönliche Eigenschaften handele und nicht um Verhaltensweisen, die auf willensgetragenen Entscheidungen beruhen, wie hier das Tragen eines Kopftuches.²⁷

Dieser Ansatz überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Zum einen wählt der EuGH ein falsches Kriterium für die Beurteilung einer unmittelbaren Diskriminierung. Maßgeblich für ihn scheint der Aspekt zu sein, dass die Verbotregelung keine spezifische Regelung gegen eine bestimmte Religion bzw. gegen das Tragen eines islamischen Kopftuches ist, sondern in gleicher Weise alle Religionen bzw. deren Bekundung be-

22 *Mohr* (Fn. 10), Art. 2 Rn. 37.

23 *Ibidem*.

24 *Achbita* ./ *G4S Secure Solutions NV* (Fn. 6), Rn. 13, 15; *Bouagnaoui* ./ *Micropole SA* (Fn. 6), Rn. 14.

25 *Achbita* ./ *G4S Secure Solutions NV* (Fn. 6), Rn. 15.

26 *Achbita* ./ *G4S Secure Solutions NV* (Fn. 6), Rn. 30–32; *Bouagnaoui* ./ *Micropole SA* (Fn. 6), Rn. 32.

27 So die Generalanwältin (GA) *Juliane Kokott*, *Samira Achbita* ./ *G4S Secure Solutions NV*, Rs. C-157/15, Schlussanträge vom 31. Mai 2016, ECLI:EU:C:2016:382, Rn. 45.

trifft;²⁸ es handele sich also nicht um ein *Lex islamisches Kopftuch*. Somit übersieht der EuGH die Vorgabe, die hinter dem Wort „wegen“ in Art. 2 Abs. 2 lit. a) zum Ausdruck kommt. Damit wird verlangt, dass die ungünstige Behandlung mit einem geschützten Merkmal begründet wird oder direkt an ihm anknüpft.²⁹ Die Unmittelbarkeit einer Diskriminierung liegt also in der direkten, eben *unmittelbaren* Anknüpfung einer Regelung an ein geschütztes Merkmal.³⁰ Eine Regelung, die das Tragen eines religiösen Zeichens verbietet, knüpft gerade an dem geschützten Merkmal der Religion an; das Merkmal dient als Unterscheidungskriterium in der ungünstigen Behandlung.³¹ Frauen, die ein Kopftuch tragen, werden gegenüber anderen weiblichen Angestellten, die kein Kopftuch tragen, benachteiligt – und zwar *aus religiösen Gründen*. Der Umstand, dass Arbeitnehmende mit anderen Religionszugehörigkeiten ebenfalls unmittelbar diskriminiert werden, führt nicht dazu, dass im Ergebnis jeder nur mittelbar diskriminiert wird.³² *Boemke* hält diesen Aspekt sehr bildhaft und treffend fest: „Das

Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, mutiert nicht deswegen von einer unmittelbaren Diskriminierung zu einer mittelbaren Diskriminierung, weil Christinnen kein Kreuz und Sikhs keinen Dastar tragen dürfen.“³³

Zum anderen führt die Herangehensweise des EuGH dazu, dass sie unzutreffend die Vergleichsgruppen beschränkt; nämlich auf Angestellte, die ihre religiöse, politische oder philosophische Überzeugung bekunden wollen.³⁴ Eine solche Verengung geht aber aus der Richtlinie nicht hervor. Art. 2 Abs. 2 lit. a) verlangt den Vergleich zu einer Person in einer lediglich „vergleichbaren“, nicht unbedingt identischen oder gleichen Situation. Davon ausgehend stellen dann auch Angestellte, die gar kein religiöses Zeichen tragen oder ein Kopftuch aus anderen, etwa modischen Gründen tragen, mögliche Vergleichsgruppen dar.³⁵ Die ungünstigere Behandlung, die eine kopftuchtragende Angestellte erfährt, ergibt sich genau in diesem Vergleich. Vor diesem Hintergrund ist die Beschränkung der Vergleichsgruppe auf Arbeitnehmende, die ihre religiösen oder politischen Ansichten bekunden wollen, nicht richtig.

Zudem hat der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung in aller Regel ein weites Verständnis des Begriffes der unmittelbaren Diskriminierung verfolgt und schon immer eine solche angenommen, wenn eine Maßnahme untrennbar mit einem bestimmten geschützten Merkmal zusammenhing.³⁶ Allein aus dem Umstand, dass bisher in allen Fällen unabänderliche Körpermerkmale

28 *Achbita ./ G4S Secure Solutions NV* (Fn. 6), Rn. 30–32; so auch: *Michael Germann*, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs über Kopftuchverbote in privaten Arbeitsverhältnissen – Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 14. 3. 2017 in den Rechtssachen C-157/15 und C-188/15, in: *EuR* 2018, S. 235–248 (241).

29 EuGH, *Kommission ./ Ungarn*, Rs. C-286/12, Urteil v. 6. November 2012, ECLI:EU:C:2012:687, Rn. 48 ff; zustimmend: *Mohr* (Fn. 10), Art. 2 Rn. 26.

30 *Mangold/Payandeh* (Fn. 21), S. 704; *Germann* (Fn. 28), S. 241; siehe zum Anknüpfungsverbot: *Michael Sachs*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Auflage 2010, § 182 Rn. 69; *Thüsing*, in: *Franz Jürgen Sacker/et al.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 8. Auflage 2018, § 3 AGG Rn. 10.

31 *Boemke* (Fn. 5), S. 3.

32 *Boemke* (Fn. 5), S. 3; *Mangold/Payandeh* (Fn. 21), S. 704; *Adam Sagan*, Unionaler Diskriminierungsschutz gegen Kopftuchverbote am Arbeitsplatz, in: *EuZW* 2017, S. 457–461 (459); *Andreas Stein*, Kopftuchverbot am Arbeitsplatz – Hat der EuGH das letzte Wort gesprochen?, in: *NZA* 2017, S. 828–833 (830).

33 *Boemke* (Fn. 5), S. 3.

34 *Sagan* (Fn. 32), S. 459.

35 *Germann* (Fn. 28), S. 241; *Sagan* (Fn. 32), S. 459; *Roland Schwarze*, Neutraler Unternehmensauftritt rechtfertigt Kopftuchverbot, in: *JA* 2017, S. 943–945 (944).

36 EuGH, *Dekker ./ VJV-Centrum*, Rs. C-177/88, Urteil v. 8. März 1990, Slg. 1990, I-03941, Rn. 12, 17; EuGH, *Busch ./ Klinikum Neustadt*, Rs. C-320/01, Urteil v. 27. Februar 2003, Slg. 2003, I-02041, Rn. 39; EuGH, *Kiiski ./ Tampereen kaupunki*, Rs. C-116/06, Urteil v. 20. September 2007, Slg. 2007, I-07643, Rn. 55; EuGH, *Pensionsversicherungsanstalt ./ Kleist*, Rs. C-356/09, Urteil v. 18. November 2010, Slg. 2010, I-11939, Rn. 31.

betroffen waren, lässt sich nicht schlussfolgern, dass dies Voraussetzung für eine unmittelbare Diskriminierung sei.³⁷ Dafür lassen sich keinerlei Hinweise in der Richtlinie finden; vielmehr werden in Art. 1 unabänderliche und willensgetragene Merkmale gemeinsam genannt. Nach den obigen Ausführungen ist die Regelung entgegen der Bewertung des EuGH als unmittelbare Diskriminierung einzustufen.³⁸

Identisch sind die Ausführungen des EuGH im Fall von *Asma Bougnaoui*. Hier wollte das vorlegende Gericht wissen, ob Kundenwünsche eine Rechtfertigung für ihre Kündigung nach Art. 4 darstellen, denn ein Kunde, bei dem Frau *Bougnaoui* als Softwaredesignerin eingesetzt war, beschwerte sich darüber, dass sie ein Kopftuch getragen hatte. Da Frau *Bougnaoui* sich weigerte, während der Arbeit ihr Kopftuch abzunehmen, wurde ihr gekündigt. Auch hier bewertet der Gerichtshof – unter Verweis auf die am selben Tag ergangene Entscheidung im Fall von *Achbita* und ohne weitere dogmatische Auseinandersetzung – eine Kündigung, die auf der Grundlage einer etwaigen unternehmerischen Neutralitätsregel ergehe, lediglich als eine mittelbare Diskriminierung.³⁹ In der Literatur wird die Auffassung des Gerichtshofes vereinzelt sogar als Bruch mit der tradierten Dogmatik der Diskriminierungsverbote bewertet.⁴⁰

IV. Unternehmerische Neutralitätsregel als Rechtfertigungsgrund

Schon an anderer Stelle wurde erwähnt, dass der Unterscheidung zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung aufgrund der unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen eine erhebliche Bedeutung zukommt. Unmittelbare Diskriminierung können nur durch besondere Rechtfertigungsgründe, wie etwa den in Art. 4 genannten, gerechtfertigt werden. Die Anforderungen für mittelbare Diskriminierung hingegen sind mit Art. 2 Abs. 2 lit. b) i) deutlich niedriger. Im Folgenden soll untersucht werden, ob bei der Annahme einer nur mittelbaren Diskriminierung – wie sie der EuGH annimmt – eine Rechtfertigung vorliegen würde.

1. Rechtmäßiges Ziel

Laut Art. 2 Abs. 2 lit. b) i) kann eine mittelbare Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden, sofern die jeweilige Maßnahme ein rechtmäßiges Ziel verfolgt und die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des verfolgten Ziels bedarf es einer normativen Betrachtung, bei der die fundamentalen Werte der Union nach Art. 2 EUV und Art. 3 EUV zu berücksichtigen sind.⁴¹ Zu diesem Wertekanon gehört auch die GR-Charta, weshalb der Gerichtshof den Willen des Arbeitsgebers, gegenüber seinen Kunden politisch oder religiös neutral wirken zu wollen, als Ausdruck der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers nach Art. 16 der GR-Charta betrachtet und somit als rechtmäßiges Ziel im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. b) i) einstuft.⁴² Wie zutreffend diese Bewertung des Gerichtshofs auch ist, übersieht sie die Frage, inwieweit die in der Kleiderordnung zum Ausdruck kommende Neutralitätspolitik des Arbeitgebers als solche mit den Werten der Union vereinbar ist. Dieser Aspekt ist aber für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit ei-

37 So aber: GA Kokott (Fn. 27), Rn. 45

38 So auch: *Mangold/Payandeh* (Fn. 21), S. 705; *Stein* (Fn. 31), S. 829, 830; *Sagan* (Fn. 32), S. 459; *Eva Kocher*, in: Monika Schlachter/Hans Michael Heinig (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 2016, § 5 Rn. 139; *Boemke* (Fn. 5), S. 3; *Germann* (Fn. 28), S. 241; so wohl auch: *Schwarze* (Fn. 35), S. 944.

39 *Bougnaoui ./ Micropole SA* (Fn. 6), Rn. 32.

40 *Mangold/Payandeh* (Fn. 21), S. 706.

41 GA Kokott (Fn. 27), Rn. 87.

42 *Achbita ./ G4S Secure Solutions NV* (Fn. 6), Rn. 38.

nes Ziels wesentlich, denn eine Kleiderordnung, die zu den grundlegenden Werten der Union im eklatanten Widerspruch steht, etwa weil sie ein menschenverachtendes Unternehmensbild transportiert, kann deshalb kein rechtmäßiges Ziel nach Art. 2 Abs. 2 lit. b) i) darstellen.⁴³ Vor diesem Hintergrund verdient die Frage, ob die in der Kleiderordnung zum Ausdruck kommende Neutralitätsvorstellung legitim ist, eine nähere Betrachtung.

Unabhängig von einer tiefgründigen Betrachtung des Begriffes *Neutralität*,⁴⁴ die zweifelsohne den Rahmen dieses Beitrages sprengen würde, erscheint der Wunsch des Arbeitgebers, in der Außendarstellung seines Unternehmens keinerlei politische oder religiöse Konnotation – ganz gleich welcher Ausrichtung auch immer – hervorrufen zu wollen, ein aus unternehmerischer Sicht völlig nachvollziehbares Anliegen, an dessen Vereinbarkeit mit den unionalen Grundwerten zunächst auch kein Zweifel besteht. Dieser Ansatz kann zwar dazu führen, dass bestimmte Personengruppen mit bestimmten Merkmalen – hier sind es besonders muslimische Frauen, die ein Kopftuch tragen – nachteilig betroffen bzw. ungleich behandelt werden. Jedoch vermag dieser Umstand allein es aber nicht, die Neutralitätspolitik des Arbeitgebers als rechtmäßiges Ziel im Sinne des Art. 2 Abs. 2 lit. b) i) von vornherein zu disqualifizieren, denn genau solche Situationen kennt das Antidiskriminierungsrecht und bietet entsprechende Lösungen. Vor dem Hintergrund auch sehr komplex gelagerter Einzelfälle wäre es mit Blick auf das fein austarierte Rechtfertigungssystem der Richtlinie nicht sachgerecht, der Neutralitätspolitik des Arbeitgebers die Rechtmäßigkeit abzuspochen, weil es das grundlegende Anliegen von Diskriminierungsverboten, weitgehende ge-

sellschaftliche Inklusion gewährleisten zu wollen, erschwere.⁴⁵

2. Geeignetheit

Zu kurz geraten die Ausführungen des Gerichtshofs zur Geeignetheit. Vor allem drängt sich die Frage auf, inwieweit das Tragen eines Kopftuches durch eine Angestellte auf eine mangelnde Neutralität des Unternehmens schließen lässt. Denn würde man zu dem Ergebnis gelangen, dass das Verhalten der Angestellten in dieser Hinsicht dem Unternehmen überhaupt nicht zugerechnet werden kann, würde sich eine Regelung, die gerade die Angestellten zu neutralem Auftreten verpflichtet, als ein offensichtlich ungeeignetes Instrument darstellen. In diesem Zusammenhang kann zunächst festgehalten werden, dass das Tragen eines Kopftuches durch eine Angestellte ersichtlich kein Ausdruck der Identifizierung des Unternehmens mit diesem Glaubensbekenntnis darstellt.⁴⁶ Letztlich handelt es sich beim Angestellten nicht um eine Projektion des Unternehmens, sondern um ein eigenständiges Individuum mit persönlichen Überzeugungen – und das auch während der Arbeitszeit. Dies ist auch den außenstehenden Personen bewusst. Daher erscheint es der alltäglichen Lebenserfahrung nach fremd, wenn davon ausgegangen wird, dass jedes religiöse, politische, modische oder künstlerische Bekenntnis eines Angestellten vom Kundenhorizont automatisch auch als Bekenntnis des Unternehmers aufgefasst wird. Jedoch erscheint es für die Tangierung des Neutralitätsinteresses des Unternehmers nicht unbedingt notwendig, dass das Bekenntnis der Angestell-

43 So auch: GA Kokott (Fn. 27), Rn. 88.

44 Siehe etwa für die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates: Stefan Koriath, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band VII, Loseblattsammlung, 88. Ergänzungslieferung – Stand: August 2019, Art. 140, Rn. 31 ff.

45 So aber: Mangold/Payandeh (Fn. 21), S. 716; ähnlich Sagan (Fn. 32), S. 460: „... dass das Neutralitätsinteresse des Arbeitgebers für sich genommen nur eine – grundrechtlich unterlegte – Paraphrase seiner Entscheidung ist, religiöse Zeichen im Betrieb zu verbieten.“

46 So das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Angestellten im Öffentlichen Dienst, die ein Kopftuch tragen, s. dazu BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, 1 BvR 354/11, Beschluss vom 18. Oktober 2016, NJW 2017, S. 381 (385); zustimmend: Mangold/Payandeh (Fn. 21), S. 715.

ten dem Unternehmen zugerechnet werden muss. Vielmehr würde es nach hiesiger Auffassung genügen, wenn das Unternehmen in irgendeiner Art und Weise mit dem Bekenntnis in Verbindung gebracht wird, denn von der unternehmerischen Freiheit ist auch das Interesse umfasst, dass das Unternehmen eben in *überhaupt keinen* Zusammenhang mit irgendeinem Bekenntnis gebracht wird. Ein solcher Zusammenhang wird aber durch die Angestellten zweifelsohne hergestellt, denn sie treten letztendlich für ein ganz bestimmtes Unternehmen auf und erbringen Dienstleistungen im dessen Namen. Deshalb überzeugt die Annahme, dass das Bekenntnis einer Angestellten jedenfalls mit absoluter Gewissheit in keinerlei Hinsicht mit dem Unternehmen in Verbindung gebracht werden kann, genauso wenig. Vor diesem Hintergrund erscheint eine an die Angestellten adressierte betriebsinterne Neutralitätsregel für das Ziel der neutralen Außendarstellung des Unternehmens als ein geeignetes Instrument.

3. *Erforderlichkeit und Angemessenheit*

Zuletzt verlangt Art. 2 Abs. 2 lit. b) i) die Erforderlichkeit der Maßnahme. Diese ist gegeben, wenn sie unter mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige ist, die am wenigsten belastend für das betroffene Interesse oder das betroffene Rechtsgut ist.⁴⁷ Dies bejaht der Gerichtshof für den Fall, dass sich das Verbot ausschließlich an Arbeitnehmende mit Kundenkontakt richtet. Für den Fall, dass die Arbeitnehmerin sich weigert, ihr Kopftuch abzunehmen, solle die Möglichkeit der Versetzung auf einen Arbeitsplatz ohne Kundenkontakt berücksichtigt werden.⁴⁸ Leider belässt es der Gerichtshof bei der Prüfung der Erforderlichkeit und unternimmt keine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne einer Abwägung kollidierender Interessen; die Grundrechtsposition der Arbeitnehmerin, insbesondere die Religionsfreiheit blendet der Gerichtshof so-

mit vollkommen aus. Daneben überzeugt die Auslassung dieser Prüfung auch dogmatisch nicht: Schon der Umstand, dass die Rahmenrichtlinie eine Konkretisierung des grundrechtlichen Diskriminierungsverbotes nach Art. 21 GR-Charta darstellt, führt dazu, dass die primärrechtlichen Rechtfertigungsmaßstäbe, folglich auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, im Sekundärrecht anzuwenden sind.⁴⁹

Unterzieht man den Fall *Achbita*⁵⁰ nun einer umfassenden Abwägung unter Berücksichtigung beider Grundrechtspositionen, kann die Rechtfertigung des Kopftuchverbotes und somit auch das Urteil des Gerichtshofs in dieser Hinsicht nicht überzeugen. So ist zunächst zu erwähnen, dass das Kopftuchverbot mit einer hohen Intensität in die Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin eingreift, denn die Entscheidung, ein Kopftuch zu tragen, kann einen äußerst sensiblen Bereich der persönlichen Selbstentfaltung treffen.⁵¹ Auch wenn das Tragen eines Kopftuches *nur* der äußeren Dimension der Religionsfreiheit (*Forum externum*) zugeordnet wird, ändert dies nichts an der Eingriffsintensität eines Kopftuchverbotes.⁵² Das Tragen eines Kopftuches wird von der Muslima nicht zwingend als eine Form des äußeren Bekenntnisses zur Religion, sondern vielmehr als eine Befolgung eines religiösen Gebots betrachtet.⁵³ Die Betrachtung

47 Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein, *Europarecht*, 11. Auflage 2018, Rn. 193.

48 *Achbita* ./ *G4S Secure Solutions NV* (Fn. 6), Rn. 43.

49 *Mangold/Payandeh* (Fn. 21), S. 717, die als weiteren dogmatischen Anknüpfungspunkt auf den Erwägungsgrund 1 in der Richtlinie abstellen, wonach die Union die Grundrechte, wie sie in der EMRK enthalten sind, achtet und somit auch die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) enthaltene Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Kollision zwischen Religionsfreiheit und unternehmerischer Freiheit zu berücksichtigen hat.

50 Die Entscheidung des EuGH im Fall *Bouagnaoui* wird an dieser Stelle nicht einbezogen, da in diesem danach gefragt wird, ob die Berücksichtigung von Kundenwünsche als eine Anforderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie ausgelegt werden kann; hier soll aber nur die unternehmerische Neutralitätsregel als Rechtfertigungsgrund bewertet werden.

51 *Mangold/Payandeh* (Fn. 21), S. 718.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

des Kopftuches als einen Kommunikationsakt vernachlässigt somit, „dass die Religionsfreiheit auch ein Integritätsinteresse schützt, wie es in einem religiös motivierten Interesse am Bedecken des Haars vorkommt.“⁵⁴ Auch Generalanwältin Kokott lässt diesen Aspekt unberücksichtigt, wenn sie in ihren Schlussanträgen davon ausgeht, dass bestimmte religiöse Bräuche nicht zwingend am Arbeitsplatz, sondern auch in der Freizeit ausgeübt werden können⁵⁵ oder etwa dass es sich beim Tragen eines Kopftuches anders als bei unabänderlichen Körpermerkmalen um ein willensgetragenes Merkmal handle, dass im Zweifel vor Betreten des Arbeitsplatzes an der „Garderobe abgegeben“ werden könne.⁵⁶ Misst man dem Tragen des Kopftuches aber über der Glaubensbekundung hinaus auch ein Integritätsinteresse zu, erscheint der Vergleich zur Garderobe wenig stringent: „Wenn die Arbeitnehmerin ihr Kopftuch an der Garderobe abgeben muss, dann kann sie doch nicht zugleich ihren Kopf abgeben, um dessen Bedeckung es ihr geht.“⁵⁷

Gegenüber dieser sehr stark persönlichkeitsgeprägten Facette des Kopftuchtragens erscheint der Wunsch des Arbeitgebers, in der Außendarstellung seines Unternehmens neutral wirken zu wollen, weniger schutzwürdig. Jedenfalls kommt sie dem Bereich der autonomen Selbstentfaltung der Person nicht so nahe, wie es das Tragen eines Kopftuches kommen kann. Vor diesem Hintergrund erscheint die pauschale Höhergewichtung des Neutralitätsinteresses des Arbeitgebers als unangemessen. Eine Entscheidung, die Kopftuchverbote nur innerhalb bestimmter und konkreter Gefährdungslagen für den Arbeitgeber vorsieht, etwa wenn dem Arbeitgeber konkrete betriebliche Störungen oder wirtschaftliche Einbußen drohen,⁵⁸ würde der Angemessenheit eher Rechnung tragen. Eine solche Herangehensweise würde den Unterneh-

mer zwar in seiner Unternehmensführung einschränken (können), jedoch würde der Freiheitseingriff, den der Unternehmer dulden muss, ein weniger intensiver sein, als der, den die Arbeitnehmerin bei einem pauschalen Kopftuchverbot dulden muss.

V. Fazit und Ausblick

Wie schon zu Beginn erwähnt, ist die Verhüllung von muslimischen Frauen zweifelsohne ein konfliktbeladenes und gesellschaftspolitisch hoch kontrovers diskutiertes Thema. Umso wichtiger ist es, dass die juristische Auseinandersetzung dazu frei von gesellschaftlichen Befindlichkeiten streng entlang rechtlicher Vorgaben stattfindet und somit aufgeheizte Debatten immer wieder auf den Boden der gegenwärtigen Rechtslage zurückholt. Es hat sich gezeigt, dass die Einstufung von unternehmerischen Neutralitätsregeln, die es den Angestellten verbietet, religiös konnotierte Zeichen zu tragen, als nur mittelbare Diskriminierung nicht überzeugt; Verbotsregelungen, die unmittelbar an der Religion anknüpfen sind als unmittelbare Diskriminierungen zu bewerten. Umso überraschender ist es, dass der EuGH in den Fällen *Achbita* und *Bougnaoui* in einer fast schon selbstverständlichen Kürze zu einem gänzlich gegenteiligen Ergebnis gelangt. Aber auch bei der Annahme einer lediglich mittelbaren Diskriminierung erscheint der Wunsch des Arbeitgebers, in der Außendarstellung seines Unternehmens neutral wirken zu wollen, gegenüber der sehr stark persönlichkeitsgeprägten Facette des Kopftuchtragens weniger schutzwürdig, weshalb eine solche Diskriminierung un gerechtfertigt ist. Eine Herangehensweise, die Kopftuchverbote nur innerhalb bestimmter und konkreter Gefährdungslagen vorsieht, würde der Angemessenheit mehr Rechnung tragen.

Die Tatsache, dass die seit zwei Jahrzehnten auf nationaler Ebene geführte juristische Debatte um Kopftuchverbote nun auch die unionsrechtliche Ebene erreicht hat, zeigt, dass dieses Thema noch lange Gegenstand juristischer (und politischer) Auseinander-

54 Germann (Fn. 28), S. 238.

55 GA Kokott (Fn. 27), Rn. 110.

56 Ibidem, Rn. 114.

57 Germann (Fn. 28), S. 239.

58 BAG, 2 AZR 472/01, Urteil vom 10.10.2002, BAGE 103, S. 111 (121).

setzungen sein wird. In dem im Januar 2019 angestoßenen Vorlageverfahren geht es um Fragen, welche die vom EuGH in den Fällen *Achbita* und *Bougnaoui* ungenügend oder überhaupt nicht beachteten Aspekte betreffen.⁵⁹ Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH in

dem ihm 2019 vorgelegten Fall eine umfassende und dogmatisch korrekte Stellungnahme bezieht und ggf. seinen Standpunkt aus den ersten beiden Fällen korrigiert.

59 BAG (Fn. 8).