

Aqilah Sandhu

## Das EU-Antidiskriminierungsrecht zwischen ökonomischer und sozialer Integration: Zu den Grenzen unternehmerischer Freiheit

– Anmerkung zu EuGH, Rs. C-188/15 (*Bougnaoui*)  
und C-157/15 (*Achbita*)

In zwei Urteilen vom 14.3.2017 hat sich der EuGH erstmals zur Reichweite der Religionsfreiheit im privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnis geäußert. Zu Grunde lagen Vorlagefragen aus Frankreich und Belgien über die Kündigung von Arbeitnehmerinnen wegen ihres Kopftuchs. Schon die diametral entgegengesetzten Schlussanträge der aus Deutschland stammenden Generalanwältin Kokott<sup>1</sup> einerseits und der britischen Generalanwältin Sharpston<sup>2</sup> andererseits sind symptomatisch für die grundlegenden Divergenzen im europäischen Grundrechtsraum in Fragen der Religionsfreiheit.

Diese Divergenzen schienen bisher nur im staatlichen Bereich prävalent.<sup>3</sup> Während etwa das Vereinigte Königreich eine Staatskirche hat, ist diese in Deutschland gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV explizit abgeschafft, das Verhältnis von Staat und Religion vielmehr von Neutralität, Offenheit und Kooperation geprägt.<sup>4</sup> Am anderen Ende des Spektrums wird Frankreich, aus dem eine der Vorlagefragen stammte, mit der Hinwendung zur „neuen Laizität“ in jüngster Zeit ein stärker distanzierteres, gar „feindliches“ Verhältnis zur Religionsfreiheit attestiert.<sup>5</sup> Die EU ist diesen Differenzen gegenüber im Grunde indifferent.<sup>6</sup> Sie „achtet“ gem. Art. 17 AEUV den Status religiöser Vereinigungen oder Gemeinschaften nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht „und beeinträchtigt ihn nicht“.

In den vorliegenden Entscheidungen ging es jedoch nicht um das Verhältnis von Staat und Religion, sondern um Diskriminierungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, in dem an den Staat gerichtete Prinzipien wie die französische Laizität oder die deut-

1 Schlussanträge GA'in J. Kokott v. 31.5.2016 – C-157/15 – (Achbita).

2 Schlussanträge GA'in E. Sharpston v. 13.7.2016 – C-188/15 – (Bougnaoui).

3 Vgl. Sharpston (Fn. 2), Rn. 28 sowie Rn. 36 ff.; zu den Differenzen auch T. Loenen, Accommodation of Religion and Sex Equality in the Workplace under the EU Equality Directives: A Double Bind for the European Court of Justice, in: Alidadi/Foblets/Vrielink (Hrsg.), A test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace, Farnham, 2012, 103.

4 BVerfGE 138, 296; BVerfG, NJW 2017, 381.

5 Dazu krit. S. H. Vauchez, Is French laïcité Still Liberal? The Republican Project under Pressure (2004-15), Human Rights Law Review 17 (2017), 285 (312) m.w.N.

6 C. Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 17 AEUV Rn. 1.

sche religiös-weltanschauliche Neutralität keine Rolle spielen.<sup>7</sup> Dennoch fällt es dem EuGH offenbar schwer, ein einheitliches Mindestschutzniveau vorzugeben.

### I. Der Rechtsrahmen des unionsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrechts

Den beiden Fällen *Achbita* und *Bougnaoui* lag jeweils die allgemeine Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG (Rahmen-RL)<sup>8</sup> zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung im Arbeitsleben zu Grunde, die auf Grundlage des heutigen Art. 19 Abs. 1 AEUV ergangen ist. Die Rahmen-RL konkretisiert das in Art. 21 Abs. 1 GRC enthaltene spezielle Diskriminierungsverbot und verschafft dem Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 Satz 2 GRC in bestimmten Bereichen im Privatrechtsverhältnis mittelbare Drittwirkung.<sup>9</sup> In den Vorlageentscheidungen befasste sich der EuGH erstmals mit der Diskriminierung wegen des Merkmals „Religion“ in Art. 21 Abs. 1 GRC. Für die Auslegung der Charta-Grundrechte sind dabei über Art. 52 Abs. 4 GRC die nationalen Verfassungsgerichtsentscheidungen<sup>10</sup> und gem. Art. 52 Abs. 3 GRC auch die zu Art. 14 i.V.m. Art. 9 EMRK ergangene EGMR-Judikatur von Bedeutung.<sup>11</sup>

### II. Sachverhalt und Vorlagefragen

#### 1. Der Fall Bougnaoui aus Frankreich

Der Rechtsache C-188/15<sup>12</sup> lag die Kündigung der bei einem Softwareunternehmen angestellten Projektingenieurin *Bougnaoui* zu Grunde, die auch Aufträge für Kunden vor Ort ausführte. Nachdem sich ein Kunde über das Kopftuch von Frau *Bougnaoui* bei ihrem Arbeitgeber beschwert hatte und diesen aufforderte, dass es „nächstes Mal keinen Schleier“ geben möge, wurde sie entlassen. Gegen diese Kündigung klagte Frau *Bougnaoui* erfolglos vor den französischen Instanzgerichten, die die Entlassung für gerechtfertigt hielten. Das Revisionsgericht, die *Cour de Cassation*, legte dem EuGH schließlich gem. Art. 267 AEUV die Frage vor, ob der Kundenwunsch, die in Auftrag gegebenen Leistungen nicht mehr von einer Kopftuch tragenden Angestellten entgegenzunehmen,

7 Vgl. auch C. D. Classen, Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich, ZevKR 62 (2017), 127.

8 RL 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABL L 303/16.

9 Die RL wirkt insofern ähnlich den Generalklauseln im BGB als Einfallstor für Grundrechte im Privatrechtsverhältnis. Zur Erweiterung des Diskriminierungsschutzes auch außerhalb von Beschäftigung und Beruf liegt ein entsprechender Vorschlag vor, KOM (2008) 426 endg., der derzeit im Rat beraten wird, Dok. 10780/17 v. 29.6.2017.

10 Relevant sind insb. BVerfG, B. v. 30.7.2003 – 1 BvR 209/83, NJW 2003, 2815; BAG, U. v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, NJW 2003, 1685 (Kopftuch einer Verkäuferin); aus Frankreich: Cour de Cassation, Arrêt n° 536 v. 19.3.2013 – 11-28.845 und n° 612 v. 25.6.2014 – 13-28.369; krit. zu letzterem: Vauchez (Fn. 5), 288 ff.; zu Entscheidungen der niederländischen Gleichbehandlungskommission s. Loenen (Fn. 3), 112.

11 Zu Kopftuchverboten in privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen s. bisher nur: EGMR, U. v. 15.1.2013 – 48420/10, 59842/10, 36516/10 – (Eweida u.a./Vereinigtes Königreich), NJW 2014, 1935.

12 EuGH, U. v. 14.3.2017 – C-188/15 – (Bougnaoui), NJW 2017, 1089.

eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Rahmen-RL darstelle.

## 2. Der Fall Achbita aus Belgien

In der Rechtsache C-157/15<sup>13</sup> ging es um ein privates Sicherheitsunternehmen, das Rezeptions- und Empfangsdienste erbringt. Frau *Achbita*, die dort als Rezeptionistin arbeitete, hatte im Mai 2006 angekündigt, zukünftig bei der Arbeit ein Kopftuch tragen zu wollen. Der Arbeitgeber lehnte dies mit Verweis auf eine ungeschriebene betriebliche Neutralitätspolitik ab. Diese wurde, nachdem Frau *Achbita* ihren Wunsch geäußert hatte, wie folgt verschriftlicht: „Es ist den Arbeitnehmern verboten, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugung zu tragen und/oder jeglichen Ritus, der sich daraus ergibt, zum Ausdruck zu bringen.“ Schließlich wurde Frau *Achbita* im Juni 2006 entlassen, weil sie sich weigerte, ihr Kopftuch abzunehmen. Der letztinstanzlich befassende belgische *Hof van Cassatie* (Kassationshof) legte dem EuGH die Frage vor, ob das an eine muslimische Arbeitnehmerin gerichtete Verbot, am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, dann keine unmittelbare Diskriminierung darstellt, wenn der Arbeitgeber kraft interner Regel allen Arbeitnehmern verbietet, am Arbeitsplatz äußere Zeichen politischer, philosophischer und religiöser Überzeugung zu tragen.

## III. Beantwortung der Vorlagefragen

Während also das vorliegende Gericht in *Boungaoui* nach der Möglichkeit der Rechtfertigung einer diskriminierenden Kündigung gefragt hatte, betraf die Vorlage in *Achbita* die Frage, ob die Kündigung überhaupt unmittelbar diskriminierend war.<sup>14</sup> Demgegenüber ging die *Cour de Cassation* im Fall *Boungaoui* offenbar selbst von einer unmittelbaren Diskriminierung auf Grund der Religion aus, die sich nur noch nach Art. 4 Abs. 1 Rahmen-RL rechtfertigen ließe.<sup>15</sup> Für die nur mittelbare oder indirekte Diskriminierung gilt dagegen der mildere Maßstab des Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i Rahmen-RL.

### 1. Zum Vorliegen einer Diskriminierung i S.v. Art. 2 Rahmen-RL

#### a) Unmittelbare Diskriminierung im Fall Boungaoui

Da im Fall *Boungaoui* das Softwareunternehmen die Kündigung auf keine interne Regel stützen konnte, die das Tragen sichtbarer Zeichen „politischer, philosophischer oder religiöser Überzeugungen verbietet“, ging auch der EuGH im Ergebnis von einer unmittelbaren Diskriminierung wegen der Religion im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a Rahmen-

13 EuGH, U. v. 14.3.2017 – C-157/15 – (*Achbita*), NJW 2017, 373.

14 Unmittelbare Diskriminierungen wegen eines verbotenen Merkmals sind anders als mittelbare (Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i Rahmen-RL) nur gem. Art. 4 Rahmen-RL rechtfertigbar. Art. 4 Abs. 2 Rahmen-RL, der religiöse Tendenzbetriebe privilegiert, kommt für weltanschaulich neutrale Betriebe nicht in Betracht, weshalb nur Abs. 1 verbleibt. Zur Reichweite von Abs. 2 s. die anhängigen EuGH-Vorlagen des BAG v. 9.2.2017 – C-68/17 (IR) und v. 27.7.2016 – C-414/16 (*Egenberger*).

15 Vgl. EuGH, *Boungaoui* (Fn. 12), Rn. 18.

RL aus, ohne dies jedoch ausdrücklich zu erwähnen.<sup>16</sup> In der Folge beschränkte er sich auf die Prüfung der im Falle einer hier naheliegenden unmittelbaren Diskriminierung einzigen Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 4 Abs. 1 Rahmen-RL.

#### b) Nur mittelbare Diskriminierung im Fall Achbita?

Im Fall *Achbita* hingegen verneinte der EuGH das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung, weil dort eine betriebliche Regel – wenn auch zunächst nur ungeschrieben – zum Zeitpunkt der Kündigung doch schriftlich vorgelegen habe. Während die Frage der Unmittelbarkeit von der Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen noch als „Mittelpunkt“<sup>17</sup> der Entscheidung bezeichnet worden war, geht der EuGH über die Problematik in wenigen Sätzen hinweg. Entscheidend sei, dass das Verbot, sichtbare Zeichen politischer, philosophischer oder religiöser Überzeugungen zu tragen, gleichermaßen und unterschiedslos für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelte.<sup>18</sup>

Damit wäre bereits an dieser Stelle die Vorlagefrage beantwortet gewesen. Gleichwohl ließ es sich der EuGH – entgegen dem sonst so üblichen *judicial self-restraint* – nicht nehmen, dem Vorlagegericht weitere „Auslegungshinweise“ mit auf den Weg zu geben.<sup>19</sup> So sei die Kündigung jedenfalls eine mittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Rahmen-RL, wenn die „dem Anschein nach neutrale Verpflichtung“ tatsächlich bewirke, dass nur Angehörige einer bestimmten Religion besonders benachteiligt werden.<sup>20</sup> Von dem Verbot religiös konnotierter Kleidung würden zwar auch Angehörige anderer Religionen (Turban tragende Sikh, Kippa tragende Juden) erfasst; betreffe es allerdings faktisch überwiegend muslimische Frauen, sei von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen. Der EuGH erachtet zur Klärung dieser Frage weitere Sachaufklärung für erforderlich und überließ die Beurteilung dem vorlegenden belgischen Gericht.

## 2. Zur Rechtfertigung der diskriminierenden Kündigungen

An die Rechtfertigung legte der EuGH in Folge der uneinheitlichen Beurteilung der Motivation für die Kündigung in beiden Fällen unterschiedliche Maßstäbe an. Eine unmittelbare Diskriminierung kann gem. Art. 4 Abs. 1 Rahmen-RL nur unter erhöhten Anforderungen gerechtfertigt werden, während für die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung gem. Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i Rahmen-RL jedes rechtmäßige Ziel, das mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt wird, genügt.

#### a) Bougnaoui: Das Kopftuch ist keine berufliche Anforderung

Nach Art. 4 Abs. 1 Rahmen-RL ist die Ungleichbehandlung wegen der Religion nur gerechtfertigt, wenn das betreffende Merkmal „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheiden-

16 Explizit Sharpston (Fn. 2), Rn. 88. Der EuGH, Bougnaoui (Fn. 12), schließt sich dem in Rn. 34 implizit an.

17 Kokott (Fn. 1), Rn. 39.

18 EuGH, Achbita (Fn. 13), Rn. 30 f.

19 Ebd., Rn. 33.

20 Ebd., Rn. 34.

de berufliche Anforderung darstellt“, wobei der Zweck rechtmäßig und die Anforderungen angemessen sein müssen.

Ein nach Art. 1 Rahmen-RL geschütztes Merkmal wie die Religion kann jedoch nur „unter sehr begrenzten Bedingungen“ eine solche berufliche Anforderung darstellen.<sup>21</sup> Von dieser engen Auslegung erfasst sind nur solche Anforderungen, die von dem Beruf objektiv vorgegeben sind – nicht jedoch bloße „subjektive Erwägungen des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen“<sup>22</sup> oder unbewiesene Befürchtungen, finanzielle Nachteile zu erleiden.<sup>23</sup> Die Kündigung von Frau *Bouagnaoui* unter Verweis auf diskriminierende Kundenwünsche könne deshalb wohl nicht gerechtfertigt werden.

#### b) Achbita: Reine Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die nur mittelbar diskriminierende Entlassung von Frau *Achbita* war hingegen nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i Rahmen-RL zu beurteilen. Danach müsste der Arbeitgeber mit der Kündigung ein rechtmäßiges Ziel verfolgt haben und die Kündigung zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich gewesen sein.

Ob die Kündigung im konkreten Fall auf Grund der internen Betriebsregel diesen Anforderungen genügt, lässt der EuGH offen, gibt jedoch dem nationalen Gericht erneut einige „Hinweise“ mit auf den Weg:<sup>24</sup> Zunächst erachtet er den Willen des Arbeitgebers, gegenüber Kunden „eine Politik der politischen, philosophischen oder religiösen Neutralität zum Ausdruck zu bringen“ als legitimes Ziel.<sup>25</sup> Dieser Wunsch sei Ausdruck der nach Art. 16 GRC geschützten unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers.

Allerdings sei dieses Ziel nur dann rechtmäßig, wenn es nur für solche Arbeitnehmer gilt, die tatsächlich Kundenkontakt haben.<sup>26</sup> Es sei überdies nur angemessen, wenn es „tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt“ werde.<sup>27</sup> Schließlich sei ein Verbot auf „das unbedingt Erforderliche“ zu beschränken, dürfe also insbesondere nur für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Kundenkontakt gelten.<sup>28</sup> Frau *Achbita* hätte insofern zunächst auf „einen Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt mit Kunden“ versetzt werden müssen und nicht sofort entlassen werden dürfen.<sup>29</sup>

#### IV. Kritische Würdigung

Die Entscheidungen des EuGH sind in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen<sup>30</sup> – auch wegen ihrer fehlenden Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zum Diskriminierungsschutz und der oft nur zwischen den Zeilen getroffenen Feststellungen.

21 EuGH, *Bouagnaoui* (Fn. 12), Rn. 38 unter Verweis auf Erwägungsgrund 23 der Rahmen-RL.

22 Ebd., Rn. 40; EuGH, U. v. 13.9.2011 – C-447/09, Rn. 72 – (Prigge u.a.).

23 Sharpston (Fn. 2), Rn. 100.

24 EuGH, *Achbita* (Fn. 13), Rn. 36.

25 Ebd., Rn. 37.

26 Ebd., Rn. 38.

27 Ebd., Rn. 40.

28 Ebd., Rn. 42.

29 Ebd., Rn. 43; dagegen noch Kokott (Fn. 1), Rn. 109 f.

30 A. K. Mangold/M. Payandeh, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, EuR 2017 (i.E.); U. Preis/K. Morgenbrodt, Religiöse Symbole am Arbeitsplatz zwischen Gleichbehandlung und unternehmerische Freiheit – Das Kopftuch in Luxemburg, ZESAR 2017, 309; T. Klein, Schleierhaftes vom EuGH?, NVwZ 2017, 920; A. Sagan, Unionaler Diskriminie-

Da der EuGH in beiden Fällen den – ihrerseits diametral entgegengesetzten – Schlussanträgen gefolgt ist, sind Widersprüche bei der Gesamtbetrachtung vorgezeichnet. Gleichzeitig bedarf es einer intensiven Auseinandersetzung mit den Schlussanträgen, will man die straffen Antworten der Großen Kammer nachvollziehen. Im Folgenden wird zunächst die Annahme einer nur mittelbaren Benachteiligung im Fall *Achbita* kritisch untersucht (1.) und sodann auf die fehlende Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingegangen (2.).

### 1. Zur unmittelbaren Diskriminierung trotz „Neutralitätspolitik“

Ausschlaggebend für die Ablehnung der unmittelbaren Diskriminierung ist für den EuGH, dass die betriebsinterne Regel für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleichermaßen gilt. Dabei hätte ihn bereits die Tatsache bedenklich stimmen müssen, dass die Regel im Fall erst anlässlich der Ankündigung von Frau *Achbita* ihren schriftlichen Niederschlag gefunden hatte und frühere Anwendungsfälle nicht vorgetragen wurden. Denn selbst wenn diese Regel dann scheinbar neutral gefasst wurde, ist maßgeblich die konkrete Kündigung, durch die Frau *Achbita* gerade „wegen“ der Religion „eine weniger günstige Behandlung“ erfuhr. Es handelte sich damit um den Paradefall eines sog. „smoking gun statements“,<sup>31</sup> das auf eine unmittelbar diskriminierende Kündigung schließen lässt.

Für die Annahme einer unmittelbaren Diskriminierung genügt es, wenn eine Person aufgrund eines der geschützten Merkmale der Rahmen-RL „in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“. <sup>32</sup> In beiden Vorlagefällen bestand ein untrennbarer Zusammenhang zwischen dem Entlassungsgrund „Tragen eines Kopftuchs“ und der Religion der Arbeitnehmerinnen, die das Kopftuch als Ausdruck der freien Religionsausübung tragen.

Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass durch die interne Neutralitätsregel alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gleichermaßen schlecht wegen der Religion behandelt werden. Dies vermag die unmittelbare Benachteiligung der im konkreten Fall betroffenen Muslimin nicht zu relativieren.<sup>33</sup> Generalanwältin *Kokott* legt insofern schon den falschen Vergleichsmaßstab an, wenn sie darauf abstellt, dass keine Diskriminierung

rungsschutz gegen Kopftuchverbote am Arbeitsplatz, EuZW 2017, 457; S. Jolly, Religious discrimination in the workplace: the European Court of Justice confronts a challenge, European Human Rights Law Review 3 (2017) 308; S. F. Butler, The CJEU confused over religion, Cambridge Law Journal 2017, 246; zustimmend W. Frenz, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.3.2017 – C-157/15 und C-188/17, DVBl. 2017, 632.

31 Vgl. zu diesen J. Vrieling, Silence is Golden? Charting the Intersections of Speech and Direct Discrimination under EU Law with a Special Focus on Racial and Religious Discrimination in Recruitment, in: Alidadi/Foblets/Vrieling (Hrsg.), A test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace, Farnham, 2012, 121 (143).

32 Zur Diskriminierung auf Grund des Geschlechts: EuGH, U. v. 18.11.2010 – C-356/09 – (Kleist), Slg. 2010, I-11939, Rn. 29; der Behinderung: EuGH, U. v. 17.7.2008 – C-303/06 – (Coleman), Slg. 2008, I-5603, Rn. 36.

33 Preis/Morgenbrodt (Fn. 30), 311; C. D. Classen, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, EuR 2017, 347 (348).

„zwischen Religionen“ stattfinde.<sup>34</sup> Für die unmittelbare Diskriminierung gem. Art. 2 Abs. 2 lit. a Rahmen-RL ausschlaggebend ist vielmehr die individuelle Betrachtung, ob die konkret Betroffene durch die Behandlung *wegen* ihrer erkennbaren Religion einen Nachteil erleidet, indem unmittelbar an ein geschütztes Merkmal angeknüpft wird.<sup>35</sup> Eine unmittelbare Benachteiligung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie auch nicht-religiöse Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer trifft. Ob ausschließlich Angehörige einer bestimmten Kategorie benachteiligt werden, ist im Gegenteil unerheblich.<sup>36</sup>

Folgt man jedoch dem EuGH, muss der Arbeitgeber nur an ausreichend viele Kriterien anknüpfen, um besonders rechtssicher zu diskriminieren. Denn während eine betriebsinterne Regel, die nur an das Merkmal einer bestimmten Religion anknüpft, unmittelbar diskriminierend sein soll, mutiert sie durch die Einbeziehung aller Religionen und weiterer Merkmale (politische, philosophische u.a. Zeichen) zur lediglich mittelbaren Diskriminierung. Dies ermutigt gerade zur undifferenzierten Benachteiligung im Betrieb und führt den Diskriminierungsschutz *ad absurdum*.

Es kann auch keinen Unterschied machen, ob eine diskriminierende Einstellungspolitik nur mündlich angekündigt oder – wie bei *Achbita* – verschriftlicht wird. So bewertete der EuGH die öffentliche Ankündigung eines Unternehmens, grundsätzlich keine Menschen fremder Herkunft einzustellen, weil die Kunden diesen ungern Zugang zu ihren Privatwohnungen gewähren würden, als unmittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft oder Rasse i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/43/EG, „da solche Äußerungen bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern“.<sup>37</sup>

Abzulehnen ist schließlich die von Generalanwältin *Kokott* vorgenommene Hierarchisierung der in Art. 1 Rahmen-RL geschützten Kategorien, indem sie das Tragen eines Kopftuchs – und damit die Religion – im Unterschied zum Geschlecht, Alter oder der sexuellen Ausrichtung als änderbares Körpermerkmal oder persönliche Eigenschaft einstuft und damit als Verhaltensweise, „die auf einer subjektiven Entscheidung oder Überzeugung beruh[t]“, die sie für weniger schutzwürdig erachtet.<sup>38</sup>

Zum einen verkennt dies die Mehrdimensionalität von Benachteiligungen wegen des Kopftuchs; muslimische Frauen werden auf dem Arbeitsmarkt deutlich häufiger sowohl wegen ihrer Religion als auch ihrer ethnischen Herkunft und ihres Geschlechts diskriminiert.<sup>39</sup> Vor allem aber wird dies dem Ziel des Diskriminierungsschutzes nicht gerecht,

34 Kokott (Fn. 1), Rn. 49.

35 So auch Sagan (Fn. 30), 459; Preis/Morgenbrodt (Fn. 30), 311.

36 Vgl. EuGH, Coleman (Fn. 32), Rn. 38: Der Gleichbehandlungsgrundsatz „gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in ihrem Art. 1 genannten Gründe“; EuGH, U. v. 16.7.2015 – C-83/14 – (CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD), Rn. 60: Diskriminierung aller Bewohner in einem Roma-Viertel, unabhängig davon, ob sie selbst der Minderheit angehören.

37 EuGH, U. v. 10.7.2008 – C-54/07 – (Feryn), Slg. 2008, I-5187, Rn. 28; mit dieser Entscheidung setzte sich der EuGH in beiden Fällen nicht auseinander.

38 Kokott (Fn. 1), Rn. 45.

39 EU Agency for Fundamental Rights, Second European Union Minorities and Discrimination Survey (EU-MIDIS II): Muslims – Selected findings, September 2017, 32; M. Peucker, Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen, August 2010, 35.



„trotz einer als abweichend wahrgenommenen Religion das Recht auf gleiche öffentliche Sichtbarkeit und damit gleiche Partizipationschancen zu haben.“<sup>40</sup>

Überdies verkürzt die Annahme, dass eine Arbeitnehmerin ihre religiös motivierte Kleidung „an der Garderobe abgeben“<sup>41</sup> könne und daher auch müsse, den Gehalt der Religionsfreiheit. Dieser umfasst auch nach dem EuGH nicht nur die innere Überzeugung, sondern auch die nach außen getragene Bekundung durch glaubensgeleitetes Verhalten, das sog. *forum externum*. Als „integraler Bestandteil seines ganzen Lebens“ – wie Generalanwältin *Sharpston* zu Recht kontert – ist es einer Arbeitnehmerin gerade nicht zumutbar, den Glauben „während der Arbeitszeit höflich“ abzulegen.<sup>42</sup> Immerhin handelt es sich bei der Religionsfreiheit um einen „der Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft“, der Glaube gilt als „eines der wichtigsten Elemente, das die Identität der Gläubigen und ihre Auffassung vom Leben bestimmt“.<sup>43</sup> Die in Art. 1 Rahmen-RL geschützten Merkmale sind allesamt deshalb gleichermaßen schutzwürdig, weil sie in einem engen Zusammenhang mit dem Schutz der unverletzlichen Menschenwürde stehen.<sup>44</sup>

Schließlich aber legitimiert diese Argumentation auf gefährliche Weise Diskriminierung, indem sie die Ursachen in der Unangepasstheit des Opfers selbst festmacht und dieses damit unter Konformitätszwang setzt. Bei konsequenter Fortführung der Differenzierung zwischen vermeintlich änderbaren und unabänderlichen Merkmalen liefe in vielen Fällen der Diskriminierungsschutz leer. So läge bei der Ablehnung einer afrikanisch-stämmigen Bewerberin aufgrund ihres naturkrausen Haars (bspw. in sog. „cornrows“ oder „dreadlocks“ frisiert) unter Verweis auf eine neutral formulierte interne „Pflegerichtlinie“, die „ausgefallene“ Frisuren untersagt, keine rassistische Diskriminierung vor, wenn die Bewerberin durch Glätten dem geforderten „business-look“ entsprechen könnte.<sup>45</sup> Ähnliches gilt für interne Sprachpolitiken, die bestimmte Sprachen im Betrieb verbieten und damit an ein prinzipiell änderbares Merkmal anknüpfen.

## 2. Zum Ausfall der Abwägung der widerstreitenden Interessen

Schließlich stellt sich bei Annahme einer mittelbaren Diskriminierung die Frage, ob mit einer betrieblichen Neutralitätspolitik überhaupt ein rechtmäßiges Ziel nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i Rahmen-RL verfolgt wird. Der EuGH übernimmt dabei ungeprüft die Annahme des Arbeitgebers und geht davon aus, dass es sich bei dem Wunsch nach neutralem Auftreten der Angestellten um ein rechtmäßiges und von der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC geschütztes Ziel handele. Dies kann aber nur der Fall sein,

40 S. Arndt, Eine Frage der „Neutralität“? Diskriminierungsschutz als Recht auf öffentliche Sichtbarkeit, <https://barblog.hypotheses.org/1359> (Herv. i. Original); abl. auch S. F. Butlin, The CJEU confused over religion, Cambridge Law Journal, 2017, 246 (248).

41 Kokott (Fn. 1), Rn. 116.

42 Sharpston (Fn. 2), Rn. 118.

43 EGMR, Eweida u.a. (Fn. 11), 1937.

44 Vgl. M. Rossi, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 21 GRC Rn. 3.

45 Vgl. in diesem Sinne: U.S. Court of Appeals v. 15.9.2016, 11th Circuit – 14-13482, in dem eine afro-amerikanische Bewerberin auf Grund ihres natürlichen Haars und unter Verweis auf eine entsprechende „race-neutral grooming policy“ abgelehnt wurde. Das Berufungsgericht sah darin keine rassistische Diskriminierung, weil es sich bei den typischen afrikanischen Frisuren um änderbare, rein kulturelle und damit nicht von der Kategorie „Rasse“ erfassten Merkmale handele („mutable traits“). Den Hinweis auf diese Problematik verdanke ich Prof. Kimberlé W. Crenshaw.



wenn das anhand der Regel durchzusetzende Ziel seinerseits eine wesentliche und berufliche Anforderung darstellt. Im Fall *Achbita* muss also die berufliche Tätigkeit objektiv ein nicht-religiöses Auftreten erfordern.

Diskriminierungsschutz soll es gerade verhindern, dass Unternehmen intern von dem Anknüpfungsverbot in Art. 1, 2 Rahmen-RL abweichen, indem an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anforderungen gestellt werden, die der Beruf gar nicht erfordert. Mit anderen Worten: Die vermeintlich neutrale Formulierung einer an die geschützten Merkmale anknüpfenden Unternehmenspolitik darf den Arbeitgeber nicht davon befreien, ihre berufliche Notwendigkeit im Einzelfall zu rechtfertigen.<sup>46</sup> Es kann also nicht genügen, dass überhaupt eine interne Neutralitätsregel besteht, sondern bedarf vielmehr der Prüfung, ob diese Regel nicht tatsächlich eine diskriminierende Zielsetzung verfolgt.<sup>47</sup>

Auch die oberflächliche Abwägung des EuGH vermag nicht zu überzeugen, stellt er nämlich schon gar nicht alle abwägungsrelevanten Belange in die Prüfung mit ein. Dies sind auf Seiten der entlassenen Arbeitnehmerin ihre Freiheitsrechte (Art. 10 Abs. 1 S. 2, Art. 15 Abs. 1, 2 GRC) und ihr Recht auf Gleichbehandlung gem. Art. 21 Abs. 1 GRC, das in der Rahmen-RL konkretisiert wird. Dass vorliegend das *forum externum* der Religionsfreiheit betroffen ist, mindert entgegen der Schlussanträge *Kokotts*<sup>48</sup> die Eingriffsintensität nicht. Der EuGH lehnte bisher eine Differenzierung danach, in welchen Bereich der Religionsfreiheit eingegriffen wird, wobei der Kernbereich stärker und die Betätigung in der Öffentlichkeit nur schwächer geschützt sein soll, ab. Dies ist mit dem weiten Verständnis des Religionsbegriffs, der „alle Komponenten dieses Begriffs, ob öffentlich oder privat, kollektiv oder individuell, einbezieht“, unvereinbar.<sup>49</sup>

Auf Seiten des Arbeitgebers muss sein betroffenes Grundrecht aus Art. 16 GRC vor dem Hintergrund beleuchtet werden, dass die durch die Rahmen-RL bedingte Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit „gerade zur Zweckbestimmung der Richtlinie gehört“. <sup>50</sup> Die unternehmerische Freiheit muss im Lichte ihrer gesellschaftlich-sozialen Funktion gesehen werden.<sup>51</sup> Sinn und Zweck der Rahmen-RL ist es, „einen Arbeitsmarkt zu schaffen, der die soziale Eingliederung fördert“, der die gleiche Teilhabe aller Bürgerinnen und Bürger am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben ermöglicht und zugleich Raum „für die individuelle Entfaltung“ der Benachteiligten bietet.<sup>52</sup> Damit verträgt es sich nicht, dem Arbeitgeber einen der staatlichen „margin of appreciation“<sup>53</sup> ähnlichen, nicht justiziablen „unternehmerische[n] Beurteilungsspielraum“<sup>54</sup> zuzugestehen und damit eine diskriminierende Neutralitätspolitik als legitimes Ziel anzusehen.<sup>55</sup>

46 So auch U. Preis/K. Morgenbrodt (Fn. 30), 315.

47 Krit. auch Jolly (Fn. 30), 311 f.; zu Indizien für diskriminierende Unternehmenspolitiken s. Vrielink (Fn. 31), 145.

48 Kokott (Fn. 1), Rn. 114 ff.

49 EuGH, U. v. 5.9.2012 – C-71/11 – (Y und Z), NVwZ 2012, 1612, Rn. 62 f.

50 So zur Betriebsübergangs-RL 77/187/EWG (nun: RL 2001/23/EG): EuGH, U. v. 25.7.1991 – C-362/89 – (D’Urso), Slg. 1991, I-4105, Rn. 14.

51 Vgl. nur EuGH, U. v. 14.10.2014 – C-611/12 P – (Giordano/Kommission), juris, Rn. 49.

52 Erwägungsgründe 8 und 9 Rahmen-RL.

53 Vgl. zu diesem jüngst wieder EGMR, U. v. 11.7.2017 – 37798/13 – (Belcemi u.a./Belgique), Rn. 51 u. 4619/12 – (Dakir/Belgique), Rn. 54, in denen der EGMR strafbewehrte Burkaverbote unter Verweis auf den sehr weiten staatlichen Ermessensspielraum aufrechterhielt.

54 Kokott (Fn. 1), Rn. 81.

55 Krit. auch Preis/Morgenbrodt (Fn. 30), 315; Butler (Fn. 30), 249.

Hinter dieser Neutralitätspolitik verbarg sich schließlich ebenjene diskriminierende Einstellung, die im Fall *Boungaoui* noch als berufliche Anforderung verworfen wurde.<sup>56</sup>

Schließlich wird mit dem gut gemeinten Vorschlag des EuGH, muslimische Arbeitnehmerinnen auf Arbeitsplätze „ohne Sichtkontakt mit Kunden“<sup>57</sup> zu verweisen anstatt sie zu entlassen, die integrative Zielsetzung der Rahmen-RL vollends in ihr Gegenteil verkehrt und stattdessen die aktive Exklusion unerwünschter Minderheiten forciert.<sup>58</sup> Dadurch werden kopftuchtragenden Frauen ganze Berufszweige versperrt und vielerorts Berufsaufstiegsschancen unmöglich. Das Antidiskriminierungsrecht verleiht den von den geschützten Merkmalen Betroffenen einen Anspruch auf öffentliche Sichtbarkeit, ohne dass sie dafür Benachteiligungen in Kauf nehmen müssen, und ermöglicht ihnen dadurch die gleichberechtigte Teilhabe.<sup>59</sup> Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sind keine bloßen „Hilfsmittel“,<sup>60</sup> sondern bleiben auch mit Eintritt in das Arbeitsverhältnis selbstbestimmte Wesen mit Würde und Achtungsanspruch.<sup>61</sup> Dies auch in Abhängigkeitsverhältnissen zu gewährleisten, ist Anspruch und *raison d'être* des Antidiskriminierungsrechts.

Diskriminierungsschutz dient gerade dem Ausgleich der fehlenden Entscheidungsfreiheit auf Seiten des Diskriminierungsopfers, dem aufgrund rein äußerlicher Merkmale die gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben verwehrt bleibt.<sup>62</sup> Gegenüber diesem Anspruch vermag die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers aus Art. 16 GRC nicht zu überwiegen, solange nicht nachweisbar betriebliche Abläufe und Belange erheblich beeinträchtigt werden.<sup>63</sup> Dies war in beiden Vorlagefällen nicht einmal ansatzweise dargetan.

## V. Folgen für die Rechtslage in Deutschland

In beiden Fällen überließ der EuGH letztlich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kündigung den vorlegenden Gerichten aus Belgien und Frankreich. Nicht nur deshalb wäre es verfehlt, vorschnell davon auszugehen, dass Kopftuchverbote im Betrieb nunmehr auch in Deutschland ohne Weiteres möglich wären. Gemäß Art. 8 Abs. 2 Rahmen-RL stellt die Richtlinie nur Mindestanforderungen auf und darf „keinesfalls als Rechtfertigung“

<sup>56</sup> Ähnlich Sagan (Fn. 30), 460.

<sup>57</sup> EuGH, Achbita (Fn. 13), Rn. 43.

<sup>58</sup> Vgl. auch Preis/Morgenbrodt (Fn. 30), 316: „Segregation“ zwischen vorzeigbaren und weniger vorzeigbaren Arbeitnehmern; S. F. Butler (Fn. 55), 248 kritisiert dies als „ghettoisation“; „eine handfeste Diskriminierung“ sieht darin Sagan (Fn. 30), 460; für eine stärkere Politik der „accommodation“ anstatt „segregation“ plädiert die EU-Grundrechteagentur in ihrer jüngst erschienen Studie (Fn. 39), 12.

<sup>59</sup> Vgl. Arndt (Fn. 40); zum verweigerten Recht auf Sichtbarkeit in der Justiz s. jüngst BVerfG, NJW 2017, 2333 und die krit. Anm. v. N. Samour, Rechtsreferendarin mit Kopftuch: Rosa Parks im Zuschauerraum des Gerichts, VerfBlog, 2017/7/07, abrufbar unter <https://dx.doi.org/10.17176/10170707-094944>.

<sup>60</sup> So aber Frenz (Fn. 30), 632.

<sup>61</sup> Zu den Grenzen des Direktionsrechts s. S. Berghahn, Kopftuchdebatten – und kein Ende, Vorgänge 2017, 31 (42).

<sup>62</sup> S. auch M. Schreier, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – wirklich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit?, KJ 36 (2003), 278 (283 f.); Schlussanträge GA M. P. Maduro v. 31.1.2008 – C-303/06 – (Colemann), Rn. 10; Sharpston (Fn. 2), Rn. 71 f.

<sup>63</sup> Vgl. Sharpston (Fn. 2), Rn. 42, 73; so auch EGMR, Eweida u.a. (Fn. 11), Rn. 94; BVerfG (Fn. 10), 2816; BAG (Fn. 10), 1687.

tigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus“ benutzt werden (vgl. auch Erwägungsgrund 28).

Folglich wird der in Deutschland durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleistete höhere Schutz, nach dem für ein Kopftuchverbot der Nachweis betrieblicher Nachteile im Einzelfall gefordert wird,<sup>64</sup> durch die Entscheidungen nicht beeinträchtigt. Aber auch nach dem AGG können die Gerichte weiterhin einen stärkeren Schutz vorsehen.<sup>65</sup> So galt bereits bisher, dass diskriminierende Kundenerwartungen keine beruflichen Anforderungen i.S.v. § 8 Abs. 1 AGG darstellen können.<sup>66</sup> Dass sich Unternehmen durch die Formulierung interner Neutralitätspolitiken zukünftig dem Diskriminierungsschutz entziehen können, ist unwahrscheinlich. Denn von einer unmittelbaren Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG geht die Rechtsprechung auch dann aus, wenn der Arbeitgeber unter dem Deckmantel neutraler Regelungen eine Person wegen eines Diskriminierungsmerkmals in einer vergleichbaren Situation weniger günstig behandelt. Bei der Vergleichbarkeit der Situation kommt es dabei darauf an, ob die Person *objektiv* genauso wie die Vergleichsperson für die Tätigkeit geeignet gewesen wäre. Dies beurteilt sich nicht einseitig nach dem vom Arbeitgeber definierten Anforderungsprofil, sondern danach, welche Anforderungen nachvollziehbar an die konkrete Tätigkeit gestellt werden dürfen.<sup>67</sup> Somit wird verhindert, dass ein Arbeitgeber willkürliche Anforderungen aufstellt, die den Diskriminierungsschutz letztlich „de facto beseitigen“.<sup>68</sup>

Insofern werden die Gerichte auch beim Vorliegen betrieblicher Neutralitätsregeln ihre Zulässigkeit im Einzelfall zu prüfen haben. Dabei wird ein nicht-religiöses Erscheinungsbild in der Regel kein zulässiges Anforderungsprofil sein, sondern im Gegenteil die Umgehung des Diskriminierungsschutzes nahe legen. Denn ein neutrales Unternehmensprofil und damit das Nicht-Tragen eines Kopftuchs stellte bisher weder für die Tätigkeit einer Zahnarzthelferin<sup>69</sup> noch für die einer Verkäuferin eine objektive Notwendigkeit dar. Auch in den Schulfällen war es nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht die konkrete Lehrtätigkeit, die dem Kopftuchtragen entgegenstand, sondern ein – vom Bundesverfassungsgericht letztlich für verfassungswidrig erklärtes<sup>70</sup> – pauschales staatliches Neutralitätsverständnis, das in den Landesschulgesetzen seinen Niederschlag gefunden hatte.<sup>71</sup>

An den vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten pauschalen Kopftuchverboten im Schul- und Kita-Bereich,<sup>72</sup> die nicht an eine konkrete Gefahr für gegenläufige Güter anknüpfen, vermag schließlich auch der Fall *Achbita* nichts zu än-

64 S. die Nachweise aus der Rechtsprechung in Fn. 10.

65 In diesem Sinne auch Klein (Fn. 30), 921; Sagan (Fn. 30), 460; Classen (Fn. 33), 349; ähnlich für das Vereinigte Königreich Jolly (Fn. 30), 314; zum höheren Schutz in den Niederlanden vgl. Loenen (Fn. 3), 112 f. Es fragt sich insofern, was der Mehrwert einer Antidiskriminierungs-RL ist, die das mitgliedstaatliche Schutzniveau absenkt.

66 S. die Rspr. oben (Fn. 10).

67 BAG NZA 2013, 498 (501); BAG NZA-RR 2011, 494 (496); BAG NZA 2011, 203 (205).

68 St. Rspr., BAG NZA-RR 2011, 494 (496); BAG NZA 2011, 93 (97).

69 ArbG Berlin NZA-RR 2012, 627, dort hatte sich ein Zahnarzt, der eine kopftuchtragende Bewerberin abgelehnt hatte, nach dem Vorbringen der Betroffenen auf eine Neutralitätspolitik berufen. Für die Kammer war dies nicht entscheidend, weil das Nicht-Tragen eines Kopftuchs unabhängig davon keine objektive Notwendigkeit für die Tätigkeit in der Zahnarztpraxis darstellt.

70 BVerfGE 138, 296.

71 BAG NZA 2010, 227 (230); BAG NZA-RR 2010, 383 (386), jeweils zu § 57 Abs. 4 SchulG NW.

72 BVerfGE 138, 296; BVerfG NJW 2017, 381.

dern. Denn die Rahmen-RL gilt zwar gemäß ihrem Art. 3 Abs. 1 auch im öffentlichen Bereich, so dass staatliche Verbote in ihren Anwendungsbereich fallen. Allerdings erfolgen Verbote dort unter Verweis auf das aus Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG abgeleitete Verfassungsprinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Während dieses als Ausdruck der nach Art. 4 Abs. 2 EUV zu achtenden nationalen Identität der Mitgliedstaaten unionsrechtlich unangetastet bleibt, sind die Grenzen der Unternehmerfreiheit u.a. in der Rahmen-RL sekundärrechtlich determiniert. Die religiös-weltanschauliche Neutralität erachtet das Bundesverfassungsgericht als „besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaats“, <sup>73</sup> das Verhältnis unterfällt damit der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität, die zugleich eine Integrationsgrenze markiert (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG). In den Vorabentscheidungen maß deshalb der EuGH bei der Güterabwägung im Privatrechtsverhältnis dem im jeweiligen Mitgliedstaat zu Grunde liegenden Staatskirchenverständnis zu Recht keine Rolle bei. <sup>74</sup> Dies würde nicht zuletzt dem Zweck der Rahmen-RL zuwiderlaufen, die „effektive Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes“ (Erwägungsgrund 30) in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen und damit letztlich die gem. Art. 4 Abs. 3 EUV gebotene einheitliche Anwendung der durch die Rahmen-RL gewährleisteten Mindeststandards gefährden (*effet utile*).

Unzutreffend ist schließlich die Annahme, dass das durch das Grundgesetz gewährleistete höhere Schutzniveau per se den Grundfreiheiten entgegenstünde. <sup>75</sup> Denn nationaler Grundrechtsschutz kann im Einzelfall Grundfreiheiten beschränken, sofern in einem Bereich kein unionsweites, einheitlich hohes Schutzniveau vorgegeben ist. <sup>76</sup>

## VI. In Vielfalt entzweit?

Mit der Entscheidung des EuGH im Fall *Achbita* scheinen sich die in Deutschland vor einem Jahrzehnt bei Erlass der Verbotsgesetze im Schulbereich <sup>77</sup> geäußerten Bedenken, <sup>78</sup> dass diese für den privaten Sektor eine negative Vorbildfunktion entfalten würden, zu realisieren. Eine „Politik der Neutralität“ sollte jedoch nur der Staat für sich beanspruchen können und nicht die Privatwirtschaft.

Bedenklich stimmt der misstrauische Unterton der EuGH-Entscheidungen, der in den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* schon vorgezeichnet schien. Für sie steht das Kopftuch „stellvertretend für die grundlegendere Frage, wie viel Anderssein und

<sup>73</sup> BVerfGE 123, 267 (359).

<sup>74</sup> Entgegen dem Vorschlag von *Kokott* (Fn. 1), Rn. 125, „bei der Auslegung und Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auch die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten [...]“ und dadurch in laizistischen Mitgliedstaaten wie Frankreich religiöse Bekundungen „auch im privaten Sektor und allgemein in der Öffentlichkeit“ stärkeren Einschränkungen zu unterwerfen.

<sup>75</sup> So aber *Frenz* (Fn. 30), 633.

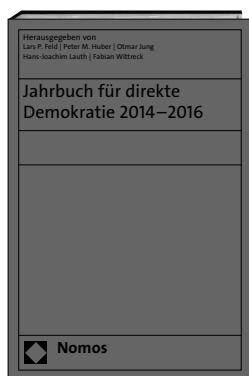
<sup>76</sup> EuGH, U. v. 12.6.2003 – C-112/00 – (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 79 ff.

<sup>77</sup> Nach BVerfGE 108, 282 (Ludin) erließen acht Länder entsprechende Schul- bzw. Neutralitätsgesetze, die Lehrkräften und pädagogischem Personal das Tragen eines Kopftuchs pauschal verboten.

<sup>78</sup> Zu diesen M. *Peucker* (Fn. 39), 50 f.; J. M. *Mushaben*, *Women Between a Rock and a Hard Place: State Neutrality vs. EU Anti-Discrimination Mandates in the German Headscarf Debate*, *German Law Journal* 14 (2013), 1757 (1771).

Vielfalt eine offene und pluralistische europäische Gesellschaft in ihrer Mitte dulden muss und wie viel Anpassung sie umgekehrt von bestimmten Minderheiten verlangen darf.<sup>79</sup> Diese Sicht grenzt die von Diskriminierung betroffenen Musliminnen aus der Gesellschaft aus und überlässt es dem Gutdünken einer Mehrheit, darüber zu entscheiden, bis zu welchem Grad sie den Anblick von Musliminnen zu dulden bereit ist. Damit wird muslimischen Frauen die Begegnung auf Augenhöhe verweigert und diese stattdessen entindividualisiert. Die Entscheidungen werden außerdem dem Anspruch des Diskriminierungsschutzes nicht gerecht, die Trägerinnen und Träger eines geschützten Merkmales vor dem Anpassungsdruck zu schützen und an die Sichtbarkeit der nach Art. 1 Rahmen-RL geschützten Merkmale keine nachteiligen Sanktionen zu knüpfen.

Was bleibt, ist der Eindruck, dass sich der EuGH stärker von der ausgrenzenden Rhetorik einer „hypersensiblen Gesellschaft“<sup>80</sup> leiten ließ denn von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV) und integrativen Querschnittspolitik der EU (Art. 9, 10 AEUV).



## Jahrbuch für direkte Demokratie 2014–2016

Herausgegeben von Prof. Dr. Lars P. Feld,  
Prof. Dr. Peter Michael Huber, PD Dr. Otmar Jung,  
Prof. Dr. Hans-Joachim Lauth und  
Prof. Dr. Fabian Wittreck

2017, ca. 375 S., brosch., ca. 98,– €

ISBN 978-3-8487-4133-5

eISBN 978-3-8452-8442-2

Erscheint ca. Dezember 2017

[nomos-shop.de/29788](http://nomos-shop.de/29788)

Der sechste Band des Jahrbuchs für direkte Demokratie vereint Beiträge aus der Politikwissenschaft, der Zeitgeschichte und der Rechtswissenschaft. Thematisiert werden u.a. die Bürgerbefragung, die Europäische Bürgerinitiative, die Landsgemeindedemokratie sowie das schottische Unabhängigkeitsreferendum.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar unter:  
[www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**

<sup>79</sup> Kokott (Fn. 1), Rn. 3.

<sup>80</sup> H. Klovert, Mehr Mut zum Tuch, Spiegel Online v. 14.3.2017 (letzter Abruf: 22.9.2017), <http://www.spiegel.de/lebenundlernen/job/europaeischer-gerichtshof-kopftuch-am-arbeitsplatz-mehr-mut-zum-tuch-a-1138704.html>.