

# Silke Ruth Laskowski

## Der Streit um das Kopftuch geht weiter –

Warum das Diskriminierungsverbot wegen der Religion nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird

*Die im Juli und September 2003 ergangenen Entscheidungen des BVerfG zur rechtlichen Bedeutung des religiös motivierten Kopftuchtragens einer Verkäuferin<sup>1</sup> und einer Lehrerin bzw. Lehramtsanwärterin<sup>2</sup> haben deutlich gemacht, wie brisant Fragen der Religion im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen im öffentlichen und im privaten Sektor werden können. Im privaten Sektor sehen sich vor allem muslimische Verkäuferinnen, aber auch weibliches Pflegepersonal in Kliniken<sup>3</sup> wegen des Kopftuchs nicht selten mit einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses (§ 1 Abs. 2 KSchG) konfrontiert. Ob eine solche Kündigung gerechtfertigt ist, hängt letztlich von dem durch Abwägung gefundenen Verhältnis zwischen dem aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Direktionsrecht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin und der durch Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG geschützten Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin ab.*

### I. Einleitung

Die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG beschäftigte sich im Juli mit dieser Frage und bestätigte indirekt das Urteil des BAG vom 10. Oktober 2002,<sup>4</sup> in welchem die Kündigung einer kopftuchtragenden muslimischen Verkäuferin im Hinblick auf ihre Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) als sozial ungerechtfertigt i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG gewertet wurde. Die gegen das BAG-Urteil gerichtete Verfassungsbeschwerde der Kaufhausbetreiberin, die sich in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt sah, ohne jedoch betriebliche Störungen oder wirtschaftliche Nachteile hinreichend plausibel darzulegen, wurde mangels Erfolgsaussichten vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>5</sup>

Den öffentlichen Bereich betrifft derzeit vor allem die Frage, ob mit Kopftuch unterrichtende muslimische Lehrerinnen bzw. Lehramtsanwärterinnen die im Beamten-

1 BVerfG, Beschl. v. 30.7. 2003 – 1 BvR 792/03 –, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030730\\_1bvrr079203.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030730_1bvrr079203.html) = NJW 2003, 2815.

2 BVerfG, Urt. v. 24.9. 2003 – 2 BvR 1436/02 –, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030603\\_2bvrr143602.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030603_2bvrr143602.html) = NJW 2003, 3111.

3 Dazu näher *Sträßner/Sträßner-Groß*, Kopftuch und Krankenhaus/Pflegeeinrichtung, PKR 2001, 73.

4 BAG, Urt. vom 10.10. 2002 – 2 AZR 472/01 – <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>. Nach Veröffentlichung des Urteils gingen zahlreiche Protestschreiben aus der Bevölkerung beim BAG ein.

5 Anders bislang die Instanzgerichte, vgl. ArbG Hanau, Urt. v. 13.4. 2000 – 3 Ca 293/99 – («personenbedingte» Kündigung zulässig), bestätigend LArbG Frankfurt, Urt. v. 21.6. 2001 – 3 Sa 1448/00 –, NJW 2001, 3650; ArbG Frankfurt, Urt. v. 24.6. 1992 – 17 Ca 63/92 –, AiB 1993, 472 («verhaltensbedingte» Kündigung zulässig). Das aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Arbeitgeber-Direktionsrecht setzte sich regelmäßig gegenüber der aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG folgenden Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin durch.

recht vorausgesetzte »persönliche Eignung« für ihre Tätigkeit besitzen.<sup>6</sup> Dazu hat der Zweite Senat des *BVerfG* in dem »Ludin«-Urteil vom 24. September 2003<sup>7</sup> Stellung genommen, ohne die Frage jedoch abschließend zu beantworten. Dem Urteil lag die Entscheidung des *BVerwG* vom 4. Juli 2002 zugrunde,<sup>8</sup> in der die persönliche Eignung einer Lehramtsanwärterin, die an einer Grund- und Hauptschule mit Kopftuch unterrichten wollte, verneint wurde. Das *BVerfG* sah für ein damit verbundenes Kopftuchverbot von Lehrkräften im geltenden Recht des Landes Baden-Württemberg keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage und die Beschwerdeführerin daher in ihren Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 33 Abs. 3 GG verletzt. Das Urteil des *BVerwG* wurde aufgehoben, die Sache an das *BVerwG* zurückverwiesen. Gleichzeitig signalisierte das *BVerfG* dem Landesgesetzgeber, er könne die bislang fehlende gesetzliche Grundlage für ein Kopftuchverbot schaffen, müsse dabei aber der Glaubensfreiheit der Lehrer/-innen wie auch der betroffenen Schüler/-innen, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität »in angemessener Weise« Rechnung tragen.<sup>9</sup> Die Letztentscheidung wurde damit an den demokratisch legitimierten Gesetzgeber zurückgegeben.

Das *BVerfG* hat den Streit um das Kopftuch damit zu Recht in erster Linie als gesellschaftspolitischen eingeordnet. Er wird jedoch dann (wieder) zu einem rechtlichen, wenn der nun in Gang gesetzte gesellschaftspolitische Diskurs mit einem (rechtlich) unbefriedigenden Ergebnis endet. Dass ein solches Ergebnis droht, erscheint angesichts der Ankündigung verschiedener, meist unionsgeführter Länder, nun schnellstmöglich das Kopftuchverbot gesetzlich festzuschreiben, durchaus wahrscheinlich. Beispielhaft können dafür die Äußerungen der bayerischen Kultusministerin *Monika Hohlmeyer* (CSU) genannt werden, die sich bereits klar für ein gesetzliches Verbot des muslimischen Kopftuchs von Lehrerinnen in Bayern ausgesprochen und Eckpunkte eines entsprechenden Gesetzes für November 2003 in Aussicht gestellt hat. Von dieser Neuregelung sollen jedoch andere, insbesondere christliche Symbole – etwa das nach wie vor in bayerischen Klassenzimmern hängende Kreuzifix oder der Unterricht durch Nonnen im Habit – ausdrücklich nicht betroffen sein.<sup>10</sup> Das baden-württembergische Kulturministerium hat bereits am 28. 10. 2003 einen »Kopftuchgesetzentwurf« vorgestellt. Danach ist »insbesondere ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen Menschenwürde, Gleichberechtigung der Menschen nach Art. 3 GG, Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. Die äußere Bekundung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen« widerspricht danach ausdrücklich nicht diesem Verhaltensgebot (Änderungsentwurf zu § 38 SchulG BW).

Diese offensichtlich beabsichtigte (landes)gesetzliche Ungleichbehandlung von weiblichen Angehörigen verschiedener Religionen wirft vor allem Fragen des Diskriminierungsschutzes auf. Die Entscheidungen des *BVerfG*, *BVerwG* und *BAG*, in deren Mittelpunkt der Umfang der Religionsfreiheit der Betroffenen (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG) standen, setzten sich mit der Frage, ob im Hinblick auf die betroffenen Kopftuchträgerinnen möglicherweise eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung

6 Vgl. Art. 33 Abs. 2 GG, § 7 BRRG, § 8 Abs. 1 S. 2 BBG, entspr. Landesrecht.

7 *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 –, [http://www.bverfge.de/entscheidungen/rs20030603\\_2bvri143602.html](http://www.bverfge.de/entscheidungen/rs20030603_2bvri143602.html).

8 *BVerwG*, Urt. vom 4. 7. 2002 – Az 2 C 21/01 –, NJW 2002, 3344.

9 *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 62. Vgl. auch Sacksofsky, Die Kopftuch-Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, 3297.

10 SZ v. 30. 9. 2003, <http://www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/873/18855/print.html>.

wegen der Religion, des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft vorlag, nicht auseinander. Überlegungen in diese Richtung anzustellen, hätten aber durchaus nahe gelegen, denn das Kopftuchverbot trifft ausschließlich Frauen, darüber hinaus bislang ausschließlich muslimische Frauen<sup>11</sup> und damit überwiegend solche, die entweder selbst oder aber deren Eltern in der Vergangenheit in die Bundesrepublik eingewandert sind und die daher eine andere ethnisch-kulturelle Herkunft besitzen als die Mehrheit der Deutschen.<sup>12</sup> Die insofern zu beachtenden Diskriminierungsverbote ergeben sich aus der Verfassung, Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 3 GG, dem europäischen Gemeinschaftsrecht und der EMRK (Art. 14, Art. 9 EMRK). Aufmerksamkeit erfordern besonders die drei neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der Gemeinschaft, die auf einen umfassenden Diskriminierungsschutz abzielen. Die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote finden sich in der am 19. 7. 2000 in Kraft getretenen Richtlinie 2000/43/EG (»Rasse oder ethnische Herkunft«),<sup>13</sup> der am 2. 12. 2000 in Kraft getretenen Richtlinie 2000/78/EG (»Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung«)<sup>14</sup> und der am 5. 10. 2002 in Kraft getretenen novellierten Richtlinie 76/207/EWG<sup>15</sup> i.V.m. 2002/73/EG<sup>16</sup> (»Gleichstellung von Frauen und Männern«). Zwar laufen die Fristen für die Umsetzung der Richtlinien noch,<sup>17</sup> sie entfalten aber nach der Rechtsprechung des *EuGH*<sup>18</sup> für den jeweiligen Mitgliedstaat und seine Organe bereits vom Zeitpunkt der Bekanntgabe an Rechtswirkungen. Die Richtlinien sind daher bereits jetzt als rechtlicher Prüfungsmaßstab zu beachten.

Die angekündigten Landesgesetze müssen daher nicht nur mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung in Anknüpfung an das Merkmal »Religion« nach Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 33 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 14 EMRK, Art. 9 EMRK, sondern auch mit den aus den Gleichbehandlungsrichtlinien folgenden gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten vereinbar sein. Auf die insoweit zu beachtenden Vorgaben soll im Anschluss an eine Analyse der o. g. Rechtsprechung näher eingegangen werden. Dabei wird in erster Linie auf die Richtlinie 2000/78/EG (»Religion«) Bezug genommen.

- 11 Auch Christinnen können religiös motivierte Kopftuchträgerinnen sein, vgl. OVG Berlin, Urt. v. 20. 3. 1991 – 1 B 21. 89 – (Anspruch auf Ausstellung eines Personalausweises unter Verwendung eines Lichtbildes mit Kopftuch).
- 12 In den vom BVerwG und BAG entschiedenen Fällen ging es um Musliminnen deutscher Staatsangehörigkeit, die im erstgenannten Fall aus Afghanistan, in letztgenanntem aus der Türkei stammten.
- 13 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABL L 180 vom 19. 7. 2000, S. 22; in Kraft seit 19. 7. 2000, Umsetzungsfrist bis 19. 7. 2003.
- 14 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABL L 303 vom 2. 12. 2000, S. 16; in Kraft seit 2. 12. 2000, Umsetzungsfrist bis 2. 12. 2003, u. U. verlängert bis 2. 12. 2006 bzgl. »Behinderung« und »Alter«.
- 15 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 L 39 vom 14. 2. 1976, S. 40.
- 16 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 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 L 269 vom 5. 10. 2002, S. 15; in Kraft seit 5. 10. 2002, Umsetzungsfrist bis 5. 10. 2005; in Kraft seit 2. 12. 2000, Umsetzungsfrist bis 2. 12. 2005.
- 17 Vgl. Fn. 13, 14 und 16.
- 18 *EuGH* v. 18. 12. 1997 – Rs. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL* –, Slg. 1997, I-7411 Rn. 40, 41, 44. Den Mitgliedstaaten obliegt es danach bereits während der Umsetzungsfrist, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass das Ziel der Richtlinie bei Fristablauf auch erreicht wird.

Die Entscheidung des *BVerfG* vom 24. September 2003 hat deutlich gemacht, dass der Disput um das Kopftuch sich nicht auf ein rein rechtsdogmatisches Problem reduzieren lässt, das allein die Bestimmung der Reichweite von Art. 4 Abs. 1 GG in Beschäftigungsverhältnissen des öffentlichen und des privaten Sektors betrifft. Es geht im Kern um die Positionierung des Staates gegenüber einer infolge von Zuwanderung und damit einhergehender zunehmender religiöser Pluralität gewandelten Gesellschaft,<sup>19</sup> konkret: gegenüber 3,2 Millionen muslimischer Einwohner/-innen. Betroffen ist damit ebenfalls die Frage der Integration von Angehörigen einer der deutschen Gesellschaft originär *fremden* Religion und Kultur. Dies blieb in den Gerichtsentscheidungen bislang meist ungenannt.<sup>20</sup> Nicht erst seit dem 11. September 2001 besitzt der Islam in westlichen Staaten ein negatives Image, das vor allem durch fundamentalistische Staaten wie Iran, Nigeria oder Afghanistan unter den Taliban geprägt ist. Dort gilt das islamische Sharia-Recht, das mit den Menschenrechten nicht zu vereinbaren ist. Natürlich führt eine Verallgemeinerung dieser Art zu einem falschen Bild. Es bleibt unberücksichtigt, dass der Islam sich über die Jahrhunderte regional verschieden entwickelt hat. Der saudische Islam (»Wahabiten«) hat wenig gemein mit dem afrikanischen, die afghanischen Taliban können nicht mit den Muslimen/-innen in Bosnien verglichen werden. Der türkische Islam wiederum ist einen Sonderweg gegangen und hat sich anders entwickelt als der Islam in der arabischen Welt, der dort vor allem als »politischer Islam« verstanden wird und als eine Kraft entstanden ist, um die einstigen Kolonialmächte zu vertreiben. Eine wichtige Folge der Kolonialisierung war daher, dass Muslime/-innen in diesen Ländern der westlichen Säkularisierung und Modernisierung eher feindselig gegenüber standen.<sup>21</sup> Im säkularen Europa, in dem der Islam vor allem durch Migranten/-innen Fuß fasste, entwickelt sich heute langsam ein Euro-Islam.<sup>22</sup> In Deutschland hat etwa der Zentralrat der Muslime in Deutschland unlängst eine »Islamische Charta« veröffentlicht, welche die Forderung nach einer »islamischen Identität« in Deutschland mit dem Bekenntnis zum Grundgesetz verbindet.<sup>23</sup> In Frankreich ist Mitte April 2003 der erste nationale Islamrat (Conseil français du culte musulman, CFCM) gewählt worden, der künftig die 5 Millionen Musliminnen in Frankreich – die größte muslimische Gemeinde innerhalb der EU – gegenüber der französischen Regierung repräsentieren soll.<sup>24</sup>

19 BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 64, 66.

20 Das VG *Lüneburg*, Urt. v. 16. 10. 2000 – 1 A 98/00 –, NJW 2001, 767, hatte als bislang einziges Gericht die Eignung einer kopftuchtragenden Lehrerin nicht verneint und den Kern des Streits deutlich gemacht: Die Kleidung einer Lehrerin sei erst dann zu beanstanden, wenn sie jede Toleranzgrenze eindeutig überschreite und dadurch den Schulfrieden nachhaltig störe. Bloße Auffälligkeiten, Extravaganzen oder der Umstand, dass die Kleidung »Ausdruck einer fremden Kultur, Religiosität oder Geisteshaltung« sei, reichten dafür nicht aus.

21 Dazu FAZ vom 4. 1. 2003, S. 8 »Der andere Islam«.

22 Dazu FAZ vom 28. 4. 2003, S. 6 »Islamische Identität in Deutschland?« (zur »Islamischen Charta« des Zentralrats der Muslime vom 20. 2. 2003); vgl. auch Das Parlament v. 5. 5. 2003, S. 15 »Der Dialog mit dem Islam beginnt erst«.

23 Vgl. auch Zentralrat der Muslime in Deutschland (ZMD), <http://www.islam.de/?site=zmd/selbstdarstellung> (1. 5. 03): »Der Zentralrat der Muslime in Deutschland versteht sich somit als integraler Bestandteil der pluralistischen Gesellschaft Deutschlands. Er geht den Weg des Miteinanders (...) und lehnt deswegen Abgrenzung und Ausgrenzung ab.«

24 Der CFCM soll alle muslimischen Strömungen in Frankreich repräsentieren und vergleichbar mit dem Repräsentativrat der französischen Juden und den christlichen Kirchen Dialogpartner für die Regierung sein, vgl. Bundeszentrale für politische Bildung und Netzwerk Migration in Europa (Hrsg.), Migration und Bevölkerung, Ausgabe 04/2003, <http://www.migration-info.de>.

Eine differenzierte Wahrnehmung des Islam findet in der Öffentlichkeit allerdings eher selten statt, obgleich in Deutschland bereits seit mehr als 40 Jahren eine große islamische Gemeinde lebt, der etwa 3,2 Millionen Menschen angehören, welche nach Protestanten/-innen und Katholiken/-innen die drittgrößte Religionsgemeinschaft bilden.<sup>25</sup> Schon zu Beginn der Diskussion, aber auch gegenwärtig erwecken die aktuellen Äußerungen der bayerischen Kultusministerin den Eindruck, dass letztlich vor allem »das Fremde« abgewehrt werden soll.<sup>26</sup> In Politik und Verwaltung wird zwischen den Religionen differenziert und der Islam dabei erkennbar negativer beurteilt als Christentum und Judentum. Auch in der Rechtsprechung finden sich solche Tendenzen, wie das *VG Stuttgart* in seiner Entscheidung vom März 2000 deutlich machte, in der es eine klare Präferenz für die christliche Religion erkennen ließ.<sup>27</sup> Eine solche prochristliche Auslegungsmaxime ist aus dem GG jedoch nicht herzuleiten.<sup>28</sup> Zudem besteht offenbar ein negatives Vorverständnis über »den Islam«, das weder offen gelegt noch (kritisch) reflektiert wird. Nicht haltbar erscheint vor allem das verbreitete Vorurteil, eine Muslimin könne das Kopftuch niemals freiwillig, sondern nur gezwungenermaßen tragen. Um hier den Bereich des Spekulativen zu verlassen, sind wissenschaftliche Untersuchungen zur Frage der Motivation junger Frauen, das Kopftuch zu tragen, erforderlich. Dies wird auch in der Entscheidung des *BVerfG* vom 24. September deutlich, in der auf das Ergebnis eines sog. qualitativen Interviews von 25 Pädagogikstudentinnen Bezug genommen wird. Obgleich die Aussagen nicht repräsentativ sind, zeigen sie doch, »dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf.«<sup>29</sup> Dass daneben auch heute noch erzwungene Kopftücher auf den Köpfen von Mädchen und Frauen existieren, ist weniger dem Kopftuch selbst anzulasten als mehr dem Umstand staatlich tolerierter patriarchalischer Familienstrukturen. Dies kann jedoch kaum denjenigen muslimischen Frauen entgegengehalten werden, die – nicht selten deutsche Staatsangehörige<sup>30</sup> – das Kopftuch aufgrund einer selbstverantwortlichen Entscheidung tragen und Integration nicht als Assimilation verstanden wissen wollen (Stichwort: Diversität).<sup>31</sup>

Hinter dem »Kopftuchstreit« lässt sich ein seit langem schwelender gesellschaftspolitischer Konflikt erkennen, dessen Kern die Frage betrifft, wie ein faires, gleich-

25 Bundeszentrale für politische Bildung und Netzwerk Migration in Europa (Hrsg.), *Migration und Bevölkerung*, Ausgabe 08/2002, <http://www.migration-info.de>.

26 Vgl. auch die Frage des Vors. Hassemer zu Beginn der mdl. Verhandlung am 3.6. 2003 vor dem BVerfG: »Wieviel fremde Religiosität verträgt unsere Gesellschaft?«. Dass es tatsächlich um eine »fremde« Religion geht, wurde durch das Land BW indirekt bestätigt, als es einräumte, eine Schule, an der katholische Ordensleute in entsprechender Kleidung unterrichtet, bereite »überhaupt keine Schwierigkeiten«, vgl. FAZ v. 4.6. 2003, <http://www.faz.net>. Ähnlich die Kultusministerin BW Schavan, in einem ZEIT-Interview 1998, in dem sie das Kopftuch als »Zeichen kultureller und zivilisatorischer Abgrenzung« bezeichnete. Anders zum christlichen Kreuz und der jüdischen Kipa: »Weder dem Kreuz noch der Kipa haftet etwas Zweideutiges an. Sie sind hierzulande keine Symbole kultureller Abgrenzung. Niemand kommt auf die Idee, einen Mann oder eine Frau zu zwingen, ein Kreuz oder eine Kipa zu tragen.« [http://www.ZEIT.de/archiv/1998/30/199830.element\\_html](http://www.ZEIT.de/archiv/1998/30/199830.element_html).

27 *VG Stuttgart*, NVwZ 2000, 959, 961. Aus dem GG und der Verfassung BW leitete das VG her, dass »für Lehrer, die nichtchristlichen Religionen anhängen, ihre Religionsausübung im Dienst wohl nur unter engeren Voraussetzungen möglich ist, als dies bei Lehrern der Fall ist, die christlichen Religionen anhängen«. Dies ist mehr als fragwürdig, da das GG eine Identifizierung des Staates mit einer bestimmten Religion gerade nicht erlaubt, vgl. unten III. 1.); krit. auch *Triebel*, Kopftuch und staatliche Neutralität, BayVBl. 2002, 624, 627.

28 AK-GG-Zuleeg, 3. Aufl. Präambel Rn. 14; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 1, 1996, Präambel Rn. 18 f.

29 *BVerfG*, Urt. v. 24.9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 52.

30 Der ZMD geht davon aus, dass mehr als 100.000 Deutsche dem Islam angehören, vgl. <http://www.islam.de/?site=zmd/selbstdarstellung> (1.5.03).

31 Instrukтив *Swiaczny/Haug* (Hrsg.), *Migration – Integration – Minderheiten*. Neuere interdisziplinäre Forschungsergebnisse, Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, 2003.

berechtigtes und diskriminierungsfreies Zusammenleben von Menschen mit verschiedenen ethnischen und religiösen Hintergründen aussehen kann und soll. Es geht um Fragen der Migration, der Integration und der Menschenrechte, die von der Politik bislang grob vernachlässigt wurden und sich nun auf der rechtlichen Entscheidungsebene unter dem Schlagwort »Religionsfreiheit« wiederfinden. Dass insoweit in erster Linie eine politische Entscheidung gefordert ist, hat das *BVerfG* deutlich gemacht, indem es die Landesgesetzgebung zur Klärung der Bekleidungsfrage aufgefordert hat. Der Gesetzgebung kommt daher für die künftige gesellschaftliche Entwicklung eine richtungweisende Bedeutung zu. Eine sachlich nachvollziehbare Begründung für das jeweils gefundene Ergebnis, die den zugrunde gelegten rechtlichen Maßstab deutlich werden und erkennen lässt, dass die betreffende Regelung nicht wegen der »falschen« Religion und Ethnie diskriminiert, ist zwingend erforderlich.<sup>32</sup> Auf den zu beachtenden rechtlichen Maßstab soll im Folgenden näher eingegangen werden.

### III. Zum Verbot der Diskriminierung wegen der Religion nach dem GG und der EMRK

#### 1. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG

Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung in Anknüpfung an die Religionszugehörigkeit ist in dem speziellen Gleichheitsrecht des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geregelt. Danach darf niemand u. a. wegen seines Glaubens und seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthält sowohl ein Grundrecht als auch eine objektive Wertentscheidung, die im Bereich der religiösen Anschauungen durch das in Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG normierte Grundrecht der Glaubensfreiheit verstärkt wird.<sup>33</sup> Bei der Zulassung zu öffentlichen Ämtern kommt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG neben Art. 33 Abs. 2 GG zur Anwendung, während im Verhältnis zu Art. 33 Abs. 3 GG letztere als die speziellere Norm gilt.<sup>34</sup> Im Hinblick auf die religiösen Anschauungen überschneidet sich der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (Art. 33 Abs. 3 GG »religiöses Bekenntnis«) mit dem Schutzbereich des Art. 4 GG.<sup>35</sup> Das religiös motivierte Tragen eines Kopftuchs fällt gleichermaßen in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 GG und den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Den Staat verpflichtet das GG hingegen durch Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG, durch Art. 136 Abs. 1 und Abs. 4 sowie durch Art. 137 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG zu »weltanschaulich-religiöser Neutralität«, die ihm die Bevorzugung bestimmter religiöser Bekenntnisse verwehrt.

<sup>32</sup> Zur Begründungspflicht aller staatlichen Entscheidungen durch »vernünftige, verständliche Überlegungen über die Entscheidungsgrundlagen«, vgl. *Bull.*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., S. 111; zur Urteilsbegründungspflicht vgl. *BVerfG*, DVBl. 1999, 165 f.; *BVerfGE* 71, 122, 135 f. Ohne Darlegung des rechtlichen Maßstabs und der Kriterien, die das Gericht seiner Beurteilung zugrunde lege, erscheine das gefundene Ergebnis willkürlich.

<sup>33</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. (2002), Art. 3 Rn. 88.

<sup>34</sup> *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 3 Rn. 89.

<sup>35</sup> Art. 4 Abs. 1 GG garantiert die individuelle innere Freiheit, religiöse und weltanschauliche Überzeugungen zu bilden und zu haben – ebenso die negative Glaubensfreiheit, eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung abzulehnen – sowie die äußere Freiheit, diese Überzeugungen auch nach außen zu bekennen. Auch Art. 3 Abs. 3 GG schützt die durch den Glauben bedingten Eigenschaften und Tätigkeiten, vgl. *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 4 Rn. 8; Art. 3 Rn. 95.

Das Verhältnis zwischen Art. 4 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gilt weitgehend als ungeklärt.<sup>36</sup> In der Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>37</sup> spielt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eine nur untergeordnete Rolle und wird kaum geprüft. Dies liegt wohl daran, dass der durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bezweckte Diskriminierungsschutz bereits durch den ebenfalls betroffenen Art. 4 Abs. 1 GG als ausreichend gewährleistet betrachtet wird.<sup>38</sup> Dabei sind durchaus Unterschiede denkbar: Wird eine Person wegen ihres Glaubens benachteiligt, sind sowohl Art. 4 GG als auch Art. 3 Abs. 3 GG (Art. 33 Abs. 3 GG) betroffen,<sup>39</sup> die Frage der Rechtfertigung kann jedoch unterschiedlich zu beurteilen sein. Weder Art. 4 GG noch Art. 3 Abs. 3 GG enthält einen Gesetzesvorbehalt, so dass eine Begrenzung der Grundrechte nur durch kollidierende Grundrechte und andere Verfassungsgüter in Betracht kommt. Insoweit ist ein Ausgleich zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Positionen im Wege der praktischen Konkordanz vorzunehmen.<sup>40</sup>

Im Falle des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist umstritten, ob zusätzlich eine ausnahmsweise Rechtfertigung aus *sachlichen* Gründen in Betracht kommen kann. Hiergegen wird eingewandt, der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannte Katalog verbotener Unterscheidungsmerkmale beinhalte absolute Unterscheidungsverbote, da er die Kernbereiche der persönlichen Rechtsgleichheit betreffe, welche sich im Laufe der Geschichte als besonders gefährdet herausgestellt hätten. Daher sei kein Raum für relativierende Sachlichkeitsrechtfertigungen.<sup>41</sup> Nach anderer Ansicht sind jedoch auch die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG begrenzt wertungs offen, so dass ausnahmsweise Raum für sach- und regelungsbereichsspezifisch differenzierende Abwägungen im Rahmen einer *strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung* bleibe.<sup>42</sup>

Umstritten ist schließlich, ob auch *mittelbare* Diskriminierungen von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erfasst werden. Eine solche liegt vor, wenn eine Regelung oder Maßnahme nicht an die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten, sondern an andere Merkmale anknüpft und überwiegend oder typischerweise zu einer Benachteiligung einer der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Gruppen führt.<sup>43</sup> Das *BVerfG* hat in seiner jüngeren Judikatur im Anschluss an die Rechtsprechung des *BAG*<sup>44</sup> und des *EuGH*<sup>45</sup> jedoch signalisiert, dass auch mittelbare Diskriminierungen vom Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG erfasst werden, da es grundsätzlich auf die materiellen Wirkungen einer Regelung in der Realität ankomme.<sup>46</sup> Diesem materiellen Verständnis entspricht es, ebenso wie bei Art. 3 Abs. 1 GG auch in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG mittelbare Diskriminierungen einzubeziehen.<sup>47</sup> Diese Auffassung wird nun auch durch die

36 Dazu näher *Osterlob*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 301.

37 Vgl. z. B. *BVerfGE* 47, 46, 76 f.; vgl aber auch die abweichende Meinung von *Simon*, *BVerfGE* 63, 266, 303.

38 Vgl. auch *Trute*, in: AK-GG, 3. Aufl. (2001), Art. 33 Rn. 99, zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 3 GG.

39 *BVerfGE* 79, 69, 75.

40 *BVerfGE* 77, 240, 253; 81, 278, 292. Ob bzgl. Art. 4 Abs. 1 GG auf Art. 136 Abs. 1 WRV als Grundrechtsschranke zurückzugreifen ist, ist umstritten, wird aber vom *BVerfG* angesichts der Bedeutung von Art. 4 GG und des fehlenden Vorbehalts abgelehnt. Danach wird Art. 136 Abs. 1 WRV, 140 GG von Art. 4 GG überlagert, vgl. *BVerfGE* 33, 23, 30; 93, 1, 21; vgl. dazu *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 3 Rn. 102 ff, Art. 4 Rn. 17 ff., Art. 136 WRV Rn. 1 ff.; *BK-Rüfner*, Art. 3 Rn. 575.

41 So *Sachs*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Hdb. d. StR*, Bd. V, 1992, § 126 Rn. 38 ff., 59; in diesem Sinne auch *Dürig*, in: *Maunz/Düurig/Herzog*, GG (1996), Art. 3 Abs. III Rn. 1; *Gubelt*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 104. Sofern aber auch nach dieser Auffassung eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch kollidierende Verfassungswerte in Betracht kommt, dürfte sich der Streit um die »absoluten Diskriminierungsverbote« entschärfen.

42 *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 3 Rn. 92; *Osterlob* (Fn. 36), Art. 3 Rn. 241 f., 250.

43 *Osterlob* (Fn. 36), Art. 3 Rn. 256.

44 *BAGE* 53, 161, 167; 68, 320, 325; 72, 64, 72 ff.

45 *EuGH* v. 13. 5. 1986, Rs 170/84, *bilka*, Slg. 1986, 1607 und *EuGH* v. 27. 10. 1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, 5535.

46 Vgl. *BVerfGE* 97, 35, 43; 89, 276, 288 f.; 85, 191, 206.

47 Ebenso *Osterlob* (Fn. 36), Art. 3 Rn. 256, 257; *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 3 Rn. 117, 121; *Gubelt* (Fn. 41), Art. 3 Rn. 91, 104; vgl. auch *Dieterich*, in: *Erfurter Kommentar*, 3. Aufl 2003, Art. 3 GG Rn. 70, 78. Zur

Im *Arbeitsrecht* entfaltet Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>48</sup> und über § 75 BetrVG Bedeutung.<sup>49</sup> Arbeitsrechtliche Vorschriften sind unmittelbar an Art. 3 GG zu messen. Zwar sind die Arbeitsvertragsparteien als Grundrechtsträgerinnen nicht selbst Grundrechtsadressatinnen und daher bei Vertragsschluss oder Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nicht unmittelbar an Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 GG gebunden. Im bestehenden Arbeitsverhältnis werden Arbeitnehmer/-innen aber im Verhältnis zu Arbeitgebern/-innen über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gleichartig geschützt.<sup>50</sup> Art. 4 Abs. 1 GG entfaltet im *Arbeitsrecht* mittelbare Drittwirkung. Bei der Auslegung der Pflichten des/der Arbeitnehmers/-in nach »Treu und Glauben« (§ 242 BGB) und der Ausübung des Direktionsrechts des/der Arbeitgebers/-in (§ 315 BGB) ist die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit der Arbeitnehmer/-innen mit der Unternehmerfreiheit der Arbeitgeber/-innen aus Art. 12 GG zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.

Ob in Bezug auf die angehende Lehrerin und die Verkäuferin eine direkte oder (unbeabsichtigte) mittelbare Diskriminierung wegen der Religion, des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft in Betracht kommt, weil von dem Kopftuchverbot ausschließlich muslimische Frauen und keine Männer, zudem überwiegend solche, die andere ethnisch-kulturelle Wurzeln besitzen als die Mehrheit der Bevölkerung, erscheint auf den ersten Blick nicht ganz klar. Anknüpfungspunkt ist hier aber letztlich nicht eine bestimmte Religionszugehörigkeit, so dass eine direkte Ungleichbehandlung im Vergleich zu nichtmuslimischen Frauen in der Bundesrepublik ausscheidet. Das Kopftuchverbot für Lehrerinnen bzw. Verkäuferinnen lässt sich daher als mittelbare Diskriminierung einordnen,<sup>51</sup> da Anknüpfungspunkt jeweils neutral formulierte Vorschriften des Beamtenrechts (»Eignung«) bzw. des Arbeitsrechts (»sozial gerechtfertigt«) sind, die nur in einer bestimmten rechtlichen Auslegung bestimmte weibliche Religionsangehörige – muslimische Frauen – dadurch benachteiligen, dass sie von bestimmten beruflichen Tätigkeiten ausgeschlossen werden. Dies gilt auch dann, wenn an die betreffende Maßnahme selbst angeknüpft wird. Die Nichteinstellung der angehenden Lehrerin bzw. die Kündigung der Verkäuferin beruht nicht auf ihrer Zugehörigkeit zum Islam, sondern darauf, dass sie ein auch als religiöses Symbol zu verstehendes Kleidungsstück trägt – insoweit kommt in gleicher Weise jedes andere sichtbare religiöse Symbol in Betracht: Kreuz, Kipa, Turban, Kopftuch etc. Eine Rechtfertigung kann nur aus sachlichen Gründen unter Beachtung einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung in Betracht kommen.

Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung soll eine »weniger strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung« ausreichen. Dies leuchtet jedoch nicht recht ein, denn die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt immer die Prüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i. e. S., so dass die geprüfte Maßnahme im Ergebnis nur entweder verhältnismäßig oder aber unverhältnismäßig sein kann.

47a *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 39.

48 BAGE 42, 217, 220.

49 *Dieterich* (Fn. 47), Art. 3 GG Rn. 66.

50 *Dieterich* (Fn. 47), Art. 3 GG Rn. 30 (dogmatische Herleitung aber str.). Der Maßstab für die Konkretisierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird Art. 3 GG entnommen. Zur »verhältnismäßigen Gleichheit« bei personenbezogenen Differenzierungen vgl. *BVerfGE* 92, 26, 51 f.

51 Ebenso *Britz*, Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, KJ 2003, S. 95, 98.

Bei der Auslegung der Grundrechte ist die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950<sup>52</sup> zu beachten. Dieser kommt zwar kein Verfassungsrang, sondern nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist bei der Auslegung des Grundgesetzes aber auch der Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK zu beachten, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem GG führt. Die Rechtsprechung des *EGMR* dient dabei ebenfalls als Auslegungshilfe.<sup>53</sup>

Nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK sind die in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten »ohne Benachteiligungen zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet« sind.<sup>54</sup> Trotz dieser weiten Formulierung verbietet Art. 14 EMRK nicht jede unterschiedliche Behandlung. Nach der Rechtsprechung des *EGMR* ist der in Art. 14 EMRK niedergelegte Gleichbehandlungsgrundsatz so zu verstehen, wie er sich in der Rechtsprechung einer großen Zahl demokratischer Staaten herausgeformt hat. Danach ist eine Regelung oder Maßnahme nur dann diskriminierend, wenn sie hinsichtlich der Gewährleistung eines Konventionsrechts zwischen Personen oder Personengruppen unterscheidet, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, zudem für die Unterscheidung kein objektiver und angemessener Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist und/oder zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht.<sup>55</sup> Eine Diskriminierungsabsicht wird nicht vorausgesetzt, so dass wohl auch mittelbare Diskriminierungen erfasst werden. Aus Art. 25 EMRK ergibt sich, dass eine konventionsrechtliche Verantwortlichkeit grundsätzlich nur für die von Hoheitsträgern ausgehenden Diskriminierungen besteht, jedoch können die Vertragsstaaten u. U. auch gehalten sein, diskriminierende Praktiken unter Privaten zu verhindern und Beeinträchtigungen des Genusses von Konventionsrechten entgegenzuwirken.<sup>56</sup>

Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ist in Art. 9 EMRK gewährleistet. Dieser umfasst das Recht, eine Religion zu haben, sich nach außen zu ihr zu bekennen und sie auszuüben. Dies entspricht der Gewährleistung des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG. Ebenso wie Art. 4 GG gewährleistet auch Art. 9 EMRK im Rahmen der Ausübungsfreiheit das Tragen von religiöser Kleidung oder religiöser Haar- und Barttracht.<sup>57</sup> In Art. 9 Abs. 2 EMRK sind die Einschränkungsmöglichkeiten niedergelegt. Danach darf die Religions- und Bekenntnisfreiheit »nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer

<sup>52</sup> Dazu näher *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996.

<sup>53</sup> Vgl. *BVerfGE* 74, 358, 370; 82, 106, 115. Dieser Annäherungsprozess ist um so bedeutsamer, als *EGMR* und *BVerfG* in keinem Rang- oder Stufenverhältnis, sondern selbständig nebeneinander stehen, dazu näher *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Vorb. Rn. 22.

<sup>54</sup> Nach der Rspr. des *EGMR* ist die Anwendbarkeit des Art. 14 EMRK nicht von der Verletzung einer entsprechenden Konventionsgarantie abhängig, auch wenn Art. 14 EMRK keine selbständige Bedeutung zuerkannt wird, vgl. *Peukert*, in: *Frowein/Peukert* (Fn. 52), Art. 14 Rn. 2 ff.

<sup>55</sup> Std. Rspr., vgl. *EGMR*, EuGRZ 1975, 298; *EGMR*, EuGRZ 1979, 454.

<sup>56</sup> *Peukert*, in: *Frowein/Peukert* (Fn. 52), Art. 14 Rn. 18 m. w. N.

<sup>57</sup> Vgl. *Frowein*, in: *Frowein/Peukert* (Fn. 52), Art. 9 Rn. 24.

sind.« Bei der Überprüfung der »Notwendigkeit« der einschränkenden Maßnahme kommt es nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs darauf an, ob diese geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Art. 9 Abs. 2 EMRK war bislang aber eher selten Gegenstand der Überprüfung.<sup>58</sup>

#### IV. Zur Kopftuch-Rechtsprechung

Vor diesem rechtlichen Hintergrund sollen die Leitentscheidungen des EGMR, BVerwG, BAG und die beiden Entscheidungen des BVerfG näher betrachtet werden.

##### 1. Die Entscheidung des EGMR vom 15. 2. 2001

Der EGMR hatte im Februar 2001<sup>59</sup> entschieden, dass das gegenüber einer Lehrerin ergangene Verbot, während des Unterrichts ein »islamisches Kopftuch« zu tragen, mit Art. 9 und Art. 14 EMRK zu vereinbaren sei. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Fall betraf eine Lehrerin im Schweizer Kanton Genf, die vom Katholizismus zum Islam konvertiert war und daraufhin im Schulunterricht regelmäßig ein Kopftuch trug. Beschwerden von Eltern gab es deswegen nicht. Das Kopftuchverbot wurde ihr unter Bezugnahme auf die in einem *öffentlichen, laizistischen Schulsystem* zu wahrende strikte Neutralität erteilt. Damit sei das Tragen eines Kopftuchs, welches ein starkes religiöses Zeichen darstelle und Schülern und Schülerinnen im Unterricht aufgedrängt werde, nicht zu vereinbaren. In seiner Entscheidung bestätigte der EGMR die zuvor vom *Bundesgericht* 1998 vertretene Auffassung. Dieses hatte sich auf Art. 27 Abs. 3 der Bundesverfassung berufen, den Grundsatz der religiösen Neutralität im Schulbereich. Zudem verwies es auf eine Entscheidung aus dem Jahre 1990, in der es festgestellt hatte, dass ein Kruzifix in einem Klassenzimmer, in dem Grundschulunterricht erteilt wurde, nicht mit der Verpflichtung zur konfessionellen Neutralität vereinbar sei.<sup>60</sup>

Der EGMR stellte hier einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Lehrerin fest, hielt diesen aber gem. Art. 9 Abs. 2 EMRK für gerechtfertigt, d. h. im Hinblick auf das verfolgte Ziel berechtigt, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und nicht unverhältnismäßig. Einen Verstoß gegen das in Art. 14 EMRK verankerte Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts lehnte der EGMR ebenfalls ab, da aus seiner Sicht sachliche und vernünftige Gründe für die Ungleichbehandlung sprachen, ein berechtigtes Ziel verfolgt wurde und die angewandten Mittel verhältnismäßig waren. Dieser Entscheidung, auf die auch das BVerfG<sup>61</sup> und das BVerwG<sup>62</sup> trotz einer etwas anders gestalteten Ausgangslage<sup>63</sup> Bezug nehmen, ist im Ergebnis zwar zuzustimmen, die Begründung bedarf aber einer kritischen Anmerkung.

<sup>58</sup> Dazu Frowein, in: Frowein/Peukert (Fn. 52), Art. 9 Rn. 24 m. w. N.

<sup>59</sup> EGMR vom 15. 2. 2001 – Az 42393/98 –, NJW 2001, 2871.

<sup>60</sup> Vgl. EGMR, NJW 2001, 2871.

<sup>61</sup> BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 66.

<sup>62</sup> BVerwG, NJW 2002, 3344.

<sup>63</sup> Anders als im Schweizer Kanton Genf gilt in der Bundesrepublik Deutschland keine strikte Trennung zwischen Staat und Kirche/Religionsgemeinschaft i. S. des Laizismus, sondern die sog. »gemäßigte Trennung«, die sich vor allem in den verschiedenen Kooperationsformen zwischen Staat und Kirchen zeigt, z. B.: der Staat zieht für die Kirchen (öffentlich-rechtl. Körperschaften) die Kirchensteuer ein, die Kirchen sind in den Gremien der öffentlich-rechtl. Rundfunksender vertreten, sie nehmen entscheidenden Einfluss auf den Religionsunterricht in staatlichen Schulen, Art. 7 Abs. 3 GG. Anders als das Schweizer

Das berechnigte Ziel des Verbotes im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK sah der *EGMR* in dem »Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung«. Gemeint waren der Schutz der religiösen Gefühle der Schüler und Schülerinnen sowie die Achtung des religiösen Friedens in der Schule. Dabei sah der *EGMR* eine Gefahr für die Kinder bereits im (bloßen) Anblick des Kopftuchs, dem der Gerichtshof eine indoktrinierende Wirkung zuschrieb. Sogar eine »bekehrnde Wirkung« des Kopftuchs schloss der *EGMR* ausdrücklich nicht aus.<sup>64</sup> Die Annahme einer solchen Gefahrenlage erscheint allerdings angesichts der verschiedenen denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen eines Kopftuchs verstanden werden kann, nur schwer nachvollziehbar.<sup>65</sup> Dies dürfte selbst dann gelten, wenn sich die Schüler und Schülerinnen in einem Alter befinden (hier: vier bis acht Jahre), »in dem sie sich viele Fragen stellen und dabei leichter beeinflussbar sind als andere Schüler in weiter vorgeschrittenem Alter«. So erscheint zweifelhaft, ob im Zusammenhang mit kindlichen Fragen die Gefahr der unzulässigen Einflussnahme tatsächlich schon durch den Anblick eines Kopftuchs hervorgerufen wird – das für sich betrachtet nur ein Kleidungsstück darstellt – oder nicht vielmehr erst durch die Antworten der Person, die das Kopftuch trägt.<sup>66</sup> Haben die Antworten einen indoktrinierenden Inhalt, so kommt es jedoch nicht weiter darauf an, ob die antwortende Person noch zusätzlich ein Kopftuch trägt oder nicht. Auch die in der Entscheidung des *EGMR* anklingende Auffassung, das Kopftuch sei zudem deshalb gefährlich, weil es den Frauen durch eine Vorschrift des Koran auferlegt werde, die mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu vereinbaren sei, bedarf einer Anmerkung.<sup>67</sup> Selbst wenn der Koran eine solche Verpflichtung vorsieht, so kommt es doch allein darauf an, ob sich die betreffende Frau dieser Vorschrift *freiwillig* unterwirft oder ob sie dazu *gezwungen* wird. Wird die Entscheidung – etwa aus religiöser Überzeugung – freiwillig getroffen, so unterwirft sie sich zwar gleichzeitig einer patriarchalischen Ordnung,<sup>68</sup> dies ist aber ihre persönliche Entscheidung und Ausdruck ihrer religiösen Selbstbestimmung. Insofern ist sie nicht anders zu betrachten als andere Frauen, die sich aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit und ihres Glaubensverständnisses freiwillig und bewusst einer patriarchalischen Ordnung unterwerfen. Dies trifft z. B. auch auf Christinnen zu, denn auch die Bibel als maßgebliche Schrift des Christentums ist nicht frei von Passagen, die klar und unmissverständlich von der Herrschaft des Mannes über die Frau ausgehen.<sup>69</sup> Dabei ist zu beachten, dass alte religiöse Überlieferungen wie der Koran oder die Bibel, die in einem bestimmten historischen und gesellschaftlichen Kontext entstanden sind, heute nicht mehr der alleinige Maßstab für die Beurteilung der Frage sein können, ob eine Religion den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter beachtet oder nicht. Entscheidend ist die aktuelle Auslegung und Praxis der betreffenden Religionsangehörigen. Im

Bundesgericht 1990 entschied das BVerwG 1999, dass Kruzifixe in Klassenräumen staatlicher Schulen mit dem staatlichen Neutralitätsgebot vereinbar sein können, BVerwGE 109, 40 ff.; vgl. dazu unten 2 d).

64 *EGMR*, NJW 2001, 2871, 2873.

65 Darauf ausdrücklich hinweisend BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 53.

66 Zutreffend auch *Britz*, KJ 2003, S. 95, 96, die insofern von einer »unrealistische(n) Vorstellung vom kindlichen Denk- und Wissenshorizont« spricht.

67 Vgl. auch VGH Mannheim, NJW 2001, 2899, 2905, wonach das Tragen eines Kopftuchs Zweifel bzgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG (Gleichstellungsauftrag) aufwerfen könne; krit. dazu *Triebel*, BayVBl. 2002, 624, 627.

68 Dazu *Britz*, KJ 2003, S. 95, 100, die zutreffend darauf hinweist, dass diese einseitig Frauen treffenden Bekleidungsregeln auch einseitig Bekleidungsfreiheit nehmen, die einen Wert an sich darstelle. Dadurch entfalle die Möglichkeit zur Teilnahme an solchen Aktivitäten, die uneingeschränkte Bewegungsfreiheit erforderten (z. B. Sport). Zudem würden Frauen in ihrer Möglichkeit beschränkt, sexuelle Reize selbstbestimmt einzusetzen (Kontrolle über Sexualität). Diese Beschränkung erfolge auch, um sich der vermuteten Zügellosigkeit männlicher Begierde zu entziehen, die dadurch aber hingenommen werde.

69 Im Buch Genesis finden sich die an die Frau gerichteten Worte: »Dennoch verlangt dich nach dem Mann, doch er wird über dich herrschen.«, Gen 3, 16.

Hinblick auf den Islam existieren verschiedene Glaubensrichtungen und Schulen, die den Koran unterschiedlich interpretieren.<sup>70</sup> Dies ist auch im Christentum ähnlich, wenn auch institutionalisiert durch die verschiedenen Kirchen, innerhalb derer es wiederum unterschiedliche Ausrichtungen gibt.<sup>71</sup> Zudem sind die unterschiedlichen Gesellschaftssysteme zu beachten, in denen sich das religiöse Leben abspielt. So unterscheiden sich Christen/-innen in Deutschland sicherlich von denen in Nordirland, Muslime/-innen in Deutschland sicherlich von denen in Iran. Betrachtet man die aktuellen Glaubensbotschaften der Religionsgemeinschaften, so findet sich die traditionelle Rollenzuweisung für Mann und Frau, die mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu vereinbaren ist, nicht nur in islamischen Gemeinschaften, sondern z. B. auch in der Lehre der katholischen Kirche. Diese sieht die »Persönlichkeit« und »Berufung der Frau« vor allem in ihrer Jungfräulichkeit und Mutterschaft (in der Ehe) verwirklicht.<sup>72</sup> Darin sollen sich »die Züge eines genauen Planes Gottes erkennen« lassen, »der angenommen und eingehalten werden muss«.<sup>73</sup> Ob diese Gebote des Katholizismus mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung zu vereinbaren sind, erscheint zweifelhaft, wurde Katholikinnen bislang aber eher selten unter dem Aspekt der mangelnden Gleichberechtigung vorgeworfen und hatte völlig zu Recht noch seltener nachteilige rechtliche Auswirkungen für sie. Entscheidend ist nämlich auch hier, dass sich Katholikinnen dem Vatikan *freiwillig* und *selbstbestimmt* unterwerfen.

Das maßgebliche Argument für die Rechtfertigung des Kopftuchverbots kann letztlich nur in der Durchsetzung des »berechtigten Ziel(s) der Achtung der Neutralität des Grundschulunterrichts« gesehen werden, das auch vom *EGMR* hervorgehoben wird, wie sich insbesondere den Ausführungen zu Art. 14 EMRK entnehmen lässt. Der Gerichtshof setzte sich hier mit der Frage auseinander, ob eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darin liegen könnte, dass allein muslimische Frauen, nicht aber muslimische Männer vom Verbot betroffen werden und Letztere an öffentlichen Schulen ohne Einschränkungen unterrichten können. Ohne es ausdrücklich zu nennen, wird dabei ein Fall der sog. mittelbaren Diskriminierung zugrunde gelegt. Im Rahmen der Prüfung, ob eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung gefunden werden könne, hebt der *EGMR* die Bedeutung der Gleichberechtigung der Geschlechter hervor und betont, insoweit seien jedenfalls »sehr gewichtige Gründe« zu fordern.<sup>74</sup> Einen solchen Grund sieht der *EGMR* in dem berechtigten Ziel der Achtung der Neutralität des Grundschulunterrichts. Da sich eine solche Maßnahme auch gegen einen Mann richten könne, der unter den gleichen Umständen in offenkundiger Weise aus religiösen Gründen Kleidung trage, wurde ein Verstoß gegen Art. 14 EMRK letztlich verneint.<sup>75</sup> Diese Entscheidung dürfte im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote künftig noch Bedeutung erlangen.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> Zur Vielfalt islamischer Glaubensrichtungen vgl. *Hafez/Steinbach* (Hrsg.), *Juden und Muslime in Deutschland*, 1999; *Spuler-Stegemann*, *Muslime in Deutschland*, 1998, S. 101 ff.

<sup>71</sup> Die römisch-katholische Kirche, die evangelische Kirche in verschiedenen Ausrichtungen, die griechisch-, russisch-, syrisch-orthodoxe Kirche etc.

<sup>72</sup> Vgl. *Mulieris Dignitatem*, *Papst Paul II* über die Würde und Berufung der Frau, 15. 8. 1988, S. 11, 15, 28, 30, [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_letters/documents/hf\\_jp-ii\\_apl\\_150\\_](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_150_) (14. 5. 03); vgl. auch Brief des *Papstes Johannes Paul II* an die Frauen vom 29. 6. 1995, [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/documents/hf\\_jp-ii\\_let\\_29061995\\_](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/documents/hf_jp-ii_let_29061995_) (14. 5. 03).

<sup>73</sup> Brief des *Papstes Johannes Paul II* an die Frauen vom 29. 6. 1995, S. 7, [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/documents/hf\\_jp-ii\\_let\\_29061995\\_](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/documents/hf_jp-ii_let_29061995_) (14. 5. 03).

<sup>74</sup> *EGMR*, Slg. 1997 – I, S. 186 Nr. 39 Van Raalte/Niederlande; *EGMR*, 1985, Serie A Bd. 94, S. 38 Nr. 78 Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich.

<sup>75</sup> *EGMR*, NJW 2001, 2871, 2873.

<sup>76</sup> Vgl. dazu sogleich unter V.

## 2. Die Entscheidungen des BVerfG vom 24. 9. 2003 und BVerwG vom 4. 6. 2002

Nach Auffassung des BVerwG<sup>77</sup> fehlt einer Grund- und Hauptschullehrerin die erforderliche Eignung für ihr Amt, wenn sie nicht bereit ist, auf das Tragen eines »islamischen Kopftuchs« im Unterricht zu verzichten. Nach dieser Ansicht ist das Kopftuch als Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung zu verstehen, mit dem seine Trägerin der dem Staat obliegenden Pflicht zu religiös-weltanschaulicher Neutralität nicht nachkommen könne.<sup>78</sup> Dahinter steht ein Neutralitätsverständnis, das von einer möglichst weitgehenden Befreiung des Schulwesens von religiösen Einflüssen ausgeht.

### a) Der Symbolgehalt des Kopftuchs

Anders als das BVerwG, das ohne große Begründung festgestellt hatte, das »islamische Kopftuch« sei als »Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung« zu betrachten, geht das BVerfG zunächst näher auf die Frage ein, ob dem Kopftuch überhaupt ein religiöser Aussagegehalt entnommen werden kann. Diese wurde in Literatur und Rechtsprechung bislang durchaus unterschiedlich beantwortet.<sup>79</sup> Schließlich ist ein Kopftuch zunächst einmal nur ein Bekleidungsstück, ein modisches Accessoire ohne objektive weltanschauliche oder religiöse Aussage. Zu Recht betont das BVerfG daher auch, dass das Kopftuch »anders als das christliche Kreuz nicht aus sich heraus ein religiöses Symbol« darstelle. Die Symbolkraft könne ihm vielmehr erst auf dem Kopf einer muslimischen Frau zukommen<sup>80</sup> und so die Zugehörigkeit zum Islam zum Ausdruck bringen.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> BVerwG, NJW 2002, 3344; krit. Morlok/Krüper, Auf dem Weg zum »forum neutrum«? – Die »Kopftuch-Entscheidung« des BVerwG, NJW 2003, 1020.

<sup>78</sup> Über die Übernahme eines/-r Bewerbers/-in in den Beamtendienst – Einstellung in den Schuldienst – entscheidet der Dienstherr nach pflichtgemäßem Ermessen, vgl. BVerwG, DVBl. 1990, 867. Dabei wird geprüft, ob die erforderliche »Eignung«, »Befähigung« und »fachliche Leistung« vorliegen. Dies stellt einen Akt wertender Erkenntnis dar, der gerichtlich nur beschränkt daraufhin überprüft werden kann, ob der jeweils anzuwendende Begriff verkannt, der Beurteilung ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt, ob allgemeingültige Wertmaßstäbe missachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt wurden, vgl. VG Mannheim, NJW 2001, 2899, 2900. »Eignung« bezieht sich auf alle Eigenschaften, die nicht bereits den Bereichen »Befähigung« und »fachliche Leistung« zugeordnet werden. Die innere Einstellung kann dabei bedeutsam sein, sofern sie sich auf die Amtsausübung auswirkt. Bei der Bestimmung der erforderlichen Eigenschaften kommt es auf das jeweilige Amt an, vgl. BVerfGE 96, 152, 164; Jarass/Pieroth (Fn. 33), Art. 33 Rn. 14.

<sup>79</sup> Krit. etwa Triebel, BayVBl. 2002, 624, 625: »handelt es sich beim Kopftuch wohl um kein dem Kreuz vergleichbares religiöses Symbol«; Debus, Machen Kleider wirklich Leute? – Warum der »Kopftuch«-Streit so spannend ist, NVwZ 2001, 1355 f.; Zuck, Nur ein Kopftuch? Die Schavan-Ludin-Debatte, NJW 1999, 2948, 2949; Alan/Stenten, Kopf oder Tuch – Überlegungen zur Reichweite politischer und sozialer Akzeptanz, ZRP 1999, 209, 213; VG Lüneburg, NJW 2001, 767, 770, wonach ein »Kopftuch als solches kein religiöses Symbol darstellt«; a. A. BayVG vom 23. 3. 2000 – Az 24 CS 00. 12 –, NVwZ 2000, 952 f.: »Da das Kopftuch an sich kein Symbol ist, in dem sich ein Glaube oder eine Religion darstellt, kann ohne einen nach außen erkennbaren weiteren Bekenntnisachverhalt, der einem Beobachter die religiöse Bedeutung des Kopftuchs erst erschließt, das Tragen eines Kopftuchs nicht als Ausdruck einer bestimmten religiösen Haltung erkannt werden.« (Zur Verpflichtung iranischer Frauen, ein Passbild mit Kopftuch anfertigen zu lassen.)

<sup>80</sup> BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 50.

<sup>81</sup> Ob das Kopftuch auch als Symbol einer bestimmten inhaltlichen religiösen Überzeugung zu betrachten ist, wie vielfach angenommen, erscheint hingegen eher fraglich, da es insoweit um die innere Glaubenseinstellung der Kopftuchträgerin geht, die dem Kopftuch nur schwerlich entnommen werden kann.

Das *BVerfG* beschäftigt sich in seiner Entscheidung intensiv mit der Frage, ob bereits der Anblick des Kopftuchs für Schulkinder mit der Gefahr der Indoktrination verbunden ist, und kommt zu dem Schluss, dass es für eine solche Annahme an einer gesicherten empirischen Grundlage fehle.<sup>82</sup> Damit tritt es einem gewichtigen Einwand des *BVerwG* gegen das Kopftuch – wie auch vom *EGMR* vertreten – in begründeter Weise entgegen. Indem es die mit dem Kopftuch für die betroffenen Schüler und Schülerinnen vermeintlich verbundene Gefahrensituation aufzuklären versucht, trägt es zur Versachlichung der Diskussion entscheidend bei, denn welcher Art die spezifischen, noch vom *BVerwG* ohne weiteres angenommenen Gefahren sein sollten, wurde bislang nicht hinreichend deutlich. So erklärte das *BVerwG*, Einwirkungen der durch das Kopftuch einer Lehrerin symbolisierten Glaubensinhalte auf Schüler/-innen im Grund- und Hauptschulalter von vier bis 14 Jahren könnten jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, denn Kinder seien mental besonders leicht zu beeinflussen. Ihnen stellten sich schließlich viele Fragen. Schon diese Gefahrenanalyse vermochte nicht zu überzeugen, denn das *BVerwG* blieb in Bezug auf die konkret drohenden Gefahren sehr vage.<sup>83</sup> Die zutreffende Feststellung des Gerichts, Kindern stellten sich »viele Fragen«, half in diesem Zusammenhang nicht recht weiter. Kinder, die in einer multiethnischen Gesellschaft wie derjenigen der Bundesrepublik Deutschland aufwachsen, entdecken in ihrem Umfeld zwangsläufig auch kopftuchtragende Frauen. Wenn sie diesbezüglich Fragen stellen, erscheint dies nicht weiter erschreckend – bedenklich wäre allenfalls das Gegenteil. Unter dem Gesichtspunkt der Indoktrination werden dann die Antworten maßgeblich. Fallen sie sachlich und verständlich aus, bestehen dagegen keine Bedenken. Die Schwelle zur Gefahr dürfte daher im Schulwesen ernsthaft erst dann übertreten werden, wenn Lehrer oder Lehrerinnen als staatliche Autoritäten den ihnen anvertrauten Kindern bestimmte Glaubenswahrheiten vermitteln, um diese in ihrem Verhalten entsprechend zu beeinflussen. Die Annahme, Kinder im Grundschulalter könnten allein mit dem Kopftuch bereits eine konkrete Glaubensüberzeugung verbinden, wird daher in der Literatur zu Recht als unrealistisch bezeichnet.<sup>84</sup> Das dürfte selbst Erwachsenen schwer fallen, angesichts der unterschiedlichen religiösen Richtungen des Islam und angesichts bestehender Wissensmängel in der Bevölkerung.<sup>85</sup>

c) Zum staatlichen Neutralitätsgebot: Konzept der »vorsorgenden« oder »realitätsbezogenen Neutralität«?

Das entscheidende Argument für das Verbot des Kopftuchtragens im öffentlichen Dienst kann letztlich nicht in etwaigen drohenden Gefahren durch das Tuch, sondern nur im staatlichen Neutralitätsgebot gesehen werden, sofern man wie das *BVerwG* und der *EGMR* das Konzept eines von religiösen Einflüssen möglichst befreiten Schulwesens zugrunde legt, verstanden als »Gebot der vorsorgenden Neutralität«.<sup>86</sup>

82 Die dazu befragten Sachverständigen konnten von keinen gesicherten Erkenntnissen über eine derartige Beeinflussung von Kindern berichten, *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 55 f.

83 Vgl. auch Böckenförde, »Kopftuchstreit« auf dem richtigen Weg?, *NJW* 2001, 723, 728: »Grundrechte können nicht auf möglichen Verdacht hin beiseite geschoben werden. Erst wenn für eine Gefahr konkrete und sichere Anhaltspunkte bestehen ... kann dies in Betracht kommen.«

84 Britz, *KJ* 2003, S. 95, 96.

85 Die Darstellung von islamischer Geschichte, Kultur und Religion in deutschen Lehrbüchern soll sich in den vergangenen Jahren aber deutlich verbessert haben, so das Ergebnis der Islam-Tagung der Kultusministerkonferenz im März 2003, vgl. *FR* v. 14. 3. 2003.

86 Vgl. dazu bereits *BVerfGE* 93, 1, 21; *BVerwGE* 109, 40, 48.

Danach sind »Kinder in öffentlichen Pflichtschulen ohne jegliche Parteinahme des Staates und der ihn repräsentierenden Lehrkräfte für christliche Bekenntnisse wie für andere religiöse und weltanschauliche Überzeugungen zu unterrichten und zu erziehen (und) durch einen Unterricht in einem Umfeld religiöser Neutralität von vornherein vor unzulässigen Einwirkungen« zu schützen.<sup>87</sup>

Gerade dieses Neutralitätskonzept ist jedoch, wie die Entscheidung des BVerfG nunmehr deutlich macht, nicht zwingend. Wie das BVerfG in seiner Entscheidung hervorhebt, ist die dem Staat obliegende religiös-weltanschauliche Neutralität gerade nicht im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern im Sinne einer offenen, die Glaubensfreiheit aller Bekenntnisse gleichermaßen fördernden Haltung. Es werde dem Staat lediglich verwehrt, eine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung zu betreiben oder sich durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung zu identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich aus zu gefährden.<sup>88</sup> Christliche Bezüge seien daher bei der Gestaltung der öffentlichen Schule nicht schlechthin verboten, die Schule müsse aber auch offen für andere weltanschauliche und religiöse Inhalte und Werte sein. In dieser Offenheit bewahre der Staat des GG seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.<sup>89</sup> Der Landesgesetzgeber könne daher den mit zunehmender religiöser Pluralität verbundenen gesellschaftlichen Wandel zum Anlass nehmen, das zulässige Ausmaß der religiösen Bezüge in der Schule neu zu bestimmen und die Anforderungen, die an die »Eignung« für das Lehramt zu stellen seien, zu konkretisieren.<sup>90</sup> Zur näheren gesetzlichen Ausgestaltung der religiösen Bezüge legt sich das BVerfG jedoch nicht fest.<sup>91</sup> So sieht es einerseits gute Gründe dafür, die zunehmende religiöse Vielfalt auch in den Bereich der Schule aufzunehmen, um dadurch gegenseitige Toleranz einzuüben und letztlich einen Integrationsbeitrag zu leisten. Andererseits aber nennt es ebenfalls gute Gründe für das Gegenteil, nämlich für ein strikteres und distanzierteres Verständnis der staatlichen Neutralitätspflicht im Schulwesen, da die Aufnahme religiöser Vielfalt in der Schule auch mit einem größeren Potential an möglichen Konflikten mit Schülern/-innen, Eltern und Lehrern/-innen verbunden sei. Das Ziel, etwaige Konflikte von vornherein zu vermeiden, spreche dann dafür, das äußere Erscheinungsbild der Lehrkräfte frei von religiösen Bezügen zu halten.<sup>92</sup> Damit wird vom BVerfG neben dem »vorsorgenden Neutralitätskonzept« erkennbar auch ein »realitätsbezogenes Neutralitätskonzept« in Betracht gezogen, das die Wirklichkeit widerspiegelt und insoweit alle in der Gesellschaft vorhandenen religiösen Bekenntnisse auch auf Seiten der Lehrpersonen zulassen kann.<sup>93</sup> Der Landesgesetzgeber hat dabei sowohl die Glaubensfreiheit der Lehrer/-innen<sup>94</sup> und der betroffenen Schüler/-innen, das Erziehungsrecht der Eltern sowie die staat-

87 BVerwG, NJW 2002, 3244, 3245 f.

88 BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 43; BVerfGE 93, 1, 16.

89 BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 43.

90 BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 43, 47 ff., 66; zur Bedeutung der unterschiedlichen Neutralitätsverständnisse für den Kopftuchstreit vgl. auch *Debuss*, Der Kopftuchstreit in Baden-Württemberg – Gedanken zu Neutralität, Toleranz und Glaubwürdigkeit, KJ 1999, 176 ff.

91 Zu der insofern berechtigten Kritik vgl. das Sondervotum BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1936/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 75.

92 BVerfG, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 66.

93 In diesem Sinne etwa VG Lüneburg, Urt. v. 16. 10. 2000 – 1 A 98/00 –, NJW 2001, 767; *Britz*, KJ 2003, 95, 97.

94 Anders als in der Kreuzfix-Entscheidung lag hier nicht nur eine zweipolige Beziehung zwischen Staat und Schülern/-innen bzw. deren Erziehungsberechtigten vor, sondern eine dreipolige, in der sich die staatliche Repräsentantin zusätzlich auf eigene Grundrechte berufen konnte.

liche Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität angemessen zu berücksichtigen und einen »für alle zumutbaren Kompromiss« zu finden.<sup>95</sup> Darin aber liegt das eigentliche Problem. Wie soll dieser »für alle zumutbare Kompromiss« aussehen? Anhaltspunkte sieht das *BVerfG* etwa in den landesüblichen »Schultraditionen«, in der »konfessionellen Zusammensetzung der Bevölkerung« und ihrer »mehr oder weniger starken religiösen Verwurzelung«, so dass in den einzelnen Ländern künftig verschiedene Regelungen denkbar erscheinen.<sup>96</sup> Sicherlich falsch wäre es aber, diese Passage dahingehend zu interpretieren, es sei verfassungsrechtlich unproblematisch, wenn ein Bundesland wie Bayern, das katholisch geprägt ist und traditionell – auch nach der sog. Kruzifix-Entscheidung des *BVerfG*<sup>97</sup> – z. B. Kruzifixe in staatlichen Klassenräumen anbringen lässt,<sup>98</sup> sich nunmehr auf diese »Schultradition« und die überwiegend katholische Konfessionszugehörigkeit seiner Bevölkerung berufen würde, um den Lehrpersonen das Tragen unüblicher religiöser Symbole wie das islamische Kopftuch zu verbieten, christliche Symbole aber zu erlauben. Dies würde auf eine im Hinblick auf Art. 33 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 4 Abs. 1 GG sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung hinauslaufen, denn aus dem GG ist eine Vorrangstellung von »Mehrheitsreligionen« oder gar des Christentums nicht herzuleiten. Insofern betont auch das *BVerfG* im Hinblick auf Art. 33 Abs. 3 GG ausdrücklich, dass die gesetzliche Einführung einer Dienstpflicht, die es Lehrern/-innen verbietet, in ihrem äußeren Erscheinungsbild die eigene Religionszugehörigkeit erkennen zu lassen, nur dann gesetzlich begründet und durchgesetzt werden kann, »wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei gleich behandelt werden.«<sup>99</sup> Klarheit muss die Landesgesetzgebung daher zunächst über das jeweils zugrunde gelegte Neutralitätskonzept erlangen. Legt sie das »realitätsnahe Neutralitätskonzept« zugrunde, so ergibt sich daraus die Konsequenz, dass prinzipiell alle in der Gesellschaft vorhandenen religiösen Bekenntnisse auch in der Person der Lehrer und Lehrerinnen zum Ausdruck kommen dürfen müssen. Denkt man diesen Gedanken zu Ende, so wird deutlich, dass dann der Einbezug religiöser Kleidung im Hinblick auf die unterschiedlichen Religionen in vielfältiger Form in Betracht kommt und z. B. auch der im Iran verbreitete Tschador oder die in Afghanistan verbreitete Burka dazu zählen können, ebenso der Turban männlicher Sikhs, die jüdische Kipa, christliche Trachten usw. usw. – Freiwilligkeit und religiöse Motivation des Tragens der Kleidung immer vorausgesetzt. Staatliche Bereiche wie das Schulwesen werden dann in Zukunft ein völlig neues Aussehen erhalten. Zudem werden in Bezug auf andere staatliche Bereiche, etwa die Gerichtsbarkeit, dadurch entsprechende Fragen aufgeworfen.<sup>100</sup>

95 *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 47, 62.

96 *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 47.

97 *BVerfGE* 93, 1 ff.

98 Das *BVerfG* hatte 1995 in der »Kruzifix«-Entscheidung die alte Regelung des § 13 Abs. 1 S. 3 der Schulordnung für die Volksschulen in Bayern, wonach in den öffentlichen Volksschulen in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen war, wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 GG für verfassungswidrig erklärt. Die daraufhin ergangene Neuregelung des Art. 7 Abs. 3 S. 1 BayEUG ordnete bzw. ordnet für alle Volksschulen des Landes Bayern nach wie vor an, dass in jedem Klassenraum ein Kreuz anzubringen ist. Nach Art. 7 Abs. 3 S. 3, S. 4 BayEUG wird jedoch den Eltern die Möglichkeit eingeräumt, dem Anbringen des Kreuzes aus »ernsthaften und einseharen Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung« zu widersprechen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift wurde vom *BVerfG* 1999 bejaht, *BVerfGE* 109, 40 ff. Es vertrat die Auffassung, Art. 7 Abs. 3 BayEUG könne verfassungskonform ausgelegt werden: Wenn sich die Widersprechenden auf ernsthafte und einsehare Gründe stützten und weder eine Einigung zustande komme noch andere zumutbare, nicht diskriminierende Ausweichmöglichkeiten bestünden, müssten sich die Widersprechenden letztlich durchsetzen. Ein freies Vetorecht jedoch wurde ihnen ausdrücklich nicht eingeräumt. Diese Entscheidung hat zum Ergebnis, dass Eltern von diesem Widerspruchsrecht nur selten Gebrauch machen, um ihre Kinder nicht in eine Außenseiterstellung zu bringen, so dass in Bayern nach wie vor Kreuze in den Klassenräumen hängen.

99 *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 47, 70 f.

100 VGH Mannheim, NJW 2001, 2899, 2902.

Angesichts des mit dem »realitätsnahen Neutralitätskonzept« verbundenen, bereits erkennbaren Konfliktpotentials, erscheint das Konzept der vorsorgenden Neutralität vorzugswürdig. Der Verwirklichung der »vorsorgenden Neutralität« kommen diejenigen Lösungen am nächsten, die bereits im Vorwege zur Vermeidung eines möglichen Konflikts beitragen, indem sie den in Betracht kommenden Konflikten von vornherein die Grundlage entziehen.<sup>101</sup> Das bedeutet vor allem, dass der Staat in den Bereichen, die er als eigene Aufgabe vorsorgend in Anspruch nimmt und zu deren Durchführung er entsprechende Pflichten für die Bürger und Bürgerinnen vorsieht (im Bildungsbereich: allgemeine Schulpflicht, staatliche Lehrpläne), gar nicht erst den Eindruck erwecken darf, er könne eine bestimmte Religion oder Weltanschauung bevorzugen oder ablehnen und dadurch bestimmte Religionsangehörige diskriminieren. Insoweit kommt es im Bereich des staatlichen Schulwesens auch nicht erst auf den möglicherweise indoktrinierenden Inhalt des Unterrichts an, sondern bereits auf das äußere Bild, das vom staatlichen Schulwesen vermittelt wird.<sup>102</sup> Es geht dabei weniger um die Angst vor irgendwelchen – derzeit nicht nachweisbaren – bedrohlichen Einflüssen des Kopftuchs als vielmehr um die tatsächliche Gewährleistung der »friedlichen Koexistenz« der im Bereich des Schulwesens anzutreffenden vielfältigen religiösen Auffassungen. Unabhängig von tatsächlich eintretenden Konflikten erscheint hier entscheidend, dass erst gar keine Situation eintritt, die auch nur den Anschein erweckt, der Staat könne eine der aufeinander treffenden Rechtspositionen einseitig bevorzugen und Kinder durch Lehrkräfte in staatlichen Schulen in einer bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Weise beeinflussen. Anderenfalls verliert der Staat die für eine friedliche Koexistenz seiner Angehörigen notwendige Glaubwürdigkeit und Akzeptanz. Insofern ist aber auch konsequentes staatliches Agieren erforderlich. So erscheinen Kruzifixe in Klassenzimmern öffentlicher Schulen und das gleichzeitige Verbot religiös motivierter Kleidung kaum glaubwürdig vermittelbar. Folgt man dem Konzept der »vorsorgenden Neutralität«, so ist das Lernen »unter dem Kopftuch« ebenso wenig wie das Lernen »unter dem Kreuz« mit dem staatlichen Neutralitätsgebot zu vereinbaren. Dabei trifft das Neutralitätsgebot nicht nur den Staat abstrakt. Die Umsetzung des Erziehungsauftrags unter Beachtung des Neutralitätsgebots erfolgt durch die an den Schulen tätigen Lehrkräfte, deren Aufgabe es ist, die staatlich festgelegten Erziehungsziele zu verwirklichen und den Erziehungsauftrag zu erfüllen. Insofern ist auch an der – zuzugebenden – »Fiktion einer gänzlich neutralen Lehrperson«<sup>103</sup> festzuhalten, so dass das Grundrecht der Lehrperson auf Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG, letztlich hinter die Neutralitätspflicht des Staates zurücktreten muss. Angesichts der mit einer Ablehnung wegen mangelnder Eignung betroffenen verfassungsrechtlichen Freiheits- und Gleichheitsrechte einer kopftuchtragenden Lehramtsanwärterin ist dem *BVerfG* zu folgen, wenn es diesbezüglich aus Gründen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips (Wesentlichkeitsgrundsatz) und zur Vermeidung von Diskriminierungen der Angehörigen unterschiedlicher Religionen eine gesetzliche Regelung für erforderlich hält.<sup>104</sup>

101 *BVerwGE* 109, 40, 48.

102 Zur Parallelproblematik einer Richterin mit Kopftuch vgl. *Laskowski/Dietrich*, Eine Richterin mit Kopftuch?, *JURA* 2002, 271 ff.

103 So die Kritik von *Britz*, *KJ* 2003, S. 95, 97.

104 *BVerfG*, Urt. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02 – (Fn. 2), Absatz-Nr. 66 f., 70 f.

Anders stellt sich die Rechtslage im privaten Sektor dar. Durch den Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 30. Juli 2003 ist das Urteil des BAG<sup>105</sup> bestätigt worden. Danach hat das BAG bei der Auslegung und Anwendung der Kündigungsvorschriften die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Kaufhausbetreiberin nicht verkannt. Das BAG hatte entschieden, dass allein das Tragen eines »islamischen Kopftuchs« eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung nicht rechtfertige, § 1 Abs. 2 KSchG.<sup>106</sup> Weder Eignung noch Fähigkeit einer Verkäuferin zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung sah das BAG durch das Kopftuch beeinträchtigt, so dass ein personenbedingter Kündigungsgrund nicht in Betracht kam. Auch eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Verstoßes gegen Bekleidungs Vorstellungen der Arbeitgeberin war nach Auffassung des BAG nicht zu rechtfertigen. Grundsätzlich kann sich zwar eine Pflicht zum Tragen branchenüblicher Bekleidung aus einer Arbeitgeberweisung oder dem Gebot vertraglicher Rücksichtnahme ergeben,<sup>107</sup> wodurch das grundrechtlich gewährleistete Persönlichkeitsrecht einer Arbeitnehmerin, das auch die freie Gestaltung ihres Äußeren einschließlich ihrer Kleidung schützt, in zulässiger Weise eingeschränkt werden kann.<sup>108</sup> Allerdings darf das Weisungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB nur nach »billigem Ermessen« ausgeübt werden. Die danach geforderte »Billigkeit« wird inhaltlich durch die Grundrechte mitbestimmt. »Kollidiert das Recht des Arbeitgebers, im Rahmen seiner gleichfalls grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), (...), den Inhalt der Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers näher zu konkretisieren, mit grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitnehmers, so ist das Spannungsverhältnis im Rahmen der Konkretisierung und Anwendung der Generalklausel des § 315 BGB einem grundrechtskonformen Ausgleich der Rechtspositionen zuzuführen.« Das BAG löste das Spannungsverhältnis zwischen dem hochrangigen Grundrecht auf Glaubens- und Religionsfreiheit der Verkäuferin und dem konkurrierenden Grundrecht der Unternehmerfreiheit der Arbeitgeberin hier zugunsten der Verkäuferin. Allerdings stütze es das Abwägungsergebnis maßgeblich darauf, dass die Arbeitgeberin die von ihr behaupteten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen nicht hinreichend plausibel dargelegt hätte. Angesichts des hohen Stellenwertes der Glaubensfreiheit müssten »solche realen Gefährdungen konkret« dargelegt werden. Bloße Vermutungen und Befürchtungen seien hingegen nicht ausreichend, um Grundrechte »auf einen möglichen ›Verdacht‹ hin« beiseite zu stellen. Diese Auffassung wird durch den Beschluss des BVerfG ausdrücklich gestützt.<sup>109</sup> Angesichts fehlender Erfahrungssätze dahingehend, dass die Beschäftigung einer Verkäuferin mit »islamischem Kopftuch« notwendigerweise zu erheblichen wirtschaftlichen Einbußen führe, habe sich

105 BAG v. 10. 10. 2002 – 2 AZR 472/01 – <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>; vgl. auch die zust. Anm. von Thüsing, Vom Kopftuch zum Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, 405, 407, und Seifert, Federal Labor Court strengthens religious freedom at the workplace, GLJ Vol. 4 No. 6, 1. 6. 2003, <http://www.germanlawjournal.com>.

106 Es kam auf die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs »sozialwidrig« an, der vom BAG eingeschränkt darauf geprüft wurde, ob ihn die Vorinstanz verkannt hatte, d. h. ob Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt worden waren, ob bei der gebotenen Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden und das Urteil in sich widerspruchsfrei war. Lt. LAG war die Verkäuferin verpflichtet, sich »ohne auffällige, provozierende, ungewöhnliche fremdartige Akzente« zu kleiden, Hess. LAG vom 21. 6. 2001 – 3 Sa 1448/00.

107 Sofern keine Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht, vgl. Dieterich (Fn. 47), Art. 2 GG Rn. 88 m. w. N.

108 Dieterich (Fn. 47), Art. 2 GG Rn. 88; Preis, in: Erfurter Kommentar, 3. Aufl. 2003, § 611 BGB Rn. 805; BAG v. 10. 10. 2002 – 2 AZR 472/01 – <http://www.bundesarbeitsgericht.de/> (S. 11 d. Urteils).

109 BVerfG v. 30. 7. 2003 – 1 BvR 792/03 – (Fn. 1), Absatz-Nr. 24 f.

das BAG nicht mit dem Hinweis des Arbeitgebers auf rein hypothetisch eintretende wirtschaftliche Nachteile durch mögliche Kundenverluste zufrieden geben dürfen. Subjektive Ängste könnten keinesfalls zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Glaubensfreiheit der Arbeitnehmerin ausreichen.<sup>110</sup>

Offen blieb in beiden Entscheidungen jedoch die interessante Frage, ob die rechtliche Beurteilung anders hätte ausfallen müssen, wenn sich die Befürchtungen »in nennenswertem Maße« realisiert hätten und entsprechende Umsatzeinbußen eingetreten wären.<sup>111</sup> Ob dann u. U. auf bestehende Ressentiments der Kundschaft gegenüber Kopftuchträgerinnen, die letztlich auf subjektiver Ablehnung der Fremdheit des Kopftuchs und seiner Trägerin beruhen, Rücksicht zu nehmen wäre, erscheint aber doch eher zweifelhaft. Insofern dürfte die objektive Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zum Tragen kommen, die im Bereich der religiösen Anschauungen noch durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG verstärkt wird.<sup>112</sup> Insofern ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG i. V. m. Art. 14 EMRK ein Auftrag an den Staat, Diskriminierungen aufgrund der dort genannten Kriterien durch Private entgegenzuwirken.<sup>113</sup> Da die Ressentiments letztlich in direkter oder mittelbarer Anknüpfung an die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale die bloße Fremdheit und Andersartigkeit bestimmter Menschen betreffen, erscheinen sie nicht schützenswert.<sup>114</sup> Diese Betrachtung lässt sich auch durch das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Gemeinschaft stützen.<sup>115</sup> Schließlich sei darauf hingewiesen, dass sich bei Rücksichtnahme auf bestehende (oder vermeintliche) Ressentiments das Kopftuchverbot für die betroffenen Arbeitnehmerinnen faktisch als subjektive Berufswahlbeschränkung<sup>116</sup> auswirken würde (Art. 12 Abs. 1 GG). Die Bekleidungsfrage wäre dann als Zugangskriterium für den Beruf der Verkäuferin zu betrachten. Dadurch käme es zu einer rechtlichen Fixierung des Berufsbildes der »kopftuchlosen Verkäuferin«. Subjektive Berufswahlbeschränkungen sind jedoch nur dann zulässig, wenn sie dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Im Hinblick auf das Kopftuchverbot geht es aber nicht um den Schutz eines Gemeinschaftsguts, sondern um den Schutz von privaten Umsatzinteressen. Zwar wird auch die Unternehmerfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.<sup>117</sup> Eine Rechtfertigung für den Ausschluss kopftuchtragender Frauen von Berufen wie dem der Verkäuferin lässt sich daraus aber kaum herleiten.<sup>118</sup>

## V. Gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote

Von erheblicher Bedeutung werden künftig vor allem die – noch nicht umgesetzten – gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote sein, die von Gesetzgebung und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten zu beachten sind.<sup>119</sup>

<sup>110</sup> BVerfG v. 30. 7. 2003 – 1 BvR 792/03 – (Fn. 1), Absatz-Nr. 25; vgl. auch *Böckenförde*, NJW 2001, 723, 728.

<sup>111</sup> Nach Ansicht des BAG ist jedenfalls zu prüfen, ob mögliche Störungen anders als durch Kündigung ausgeräumt werden können.

<sup>112</sup> *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 3 Rn. 105.

<sup>113</sup> *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 3 Rn. 119.

<sup>114</sup> In diesem Sinne wohl auch *Thüsing*, NJW 2003, 405, 407.

<sup>115</sup> Dazu näher unter V.

<sup>116</sup> Subjektive Berufswahlbeschränkungen beeinflussen die Berufswahl, Art. 12 Abs. 1 GG, anhand persönlicher Eigenschaften und Fähigkeiten – vgl. *Jarass/Pieroth* (Fn. 33), Art. 12 Rn. 26.

<sup>117</sup> BVerfG v. 30. 7. 2003 – 1 BvR 792/03 – (Fn. 1), Absatz-Nr. 24 f.

<sup>118</sup> Anders bei der Lehrerin: der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist aus den Gründen zu 2 d) gerechtfertigt.

<sup>119</sup> Dazu näher die Beiträge in *Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sievekling* (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Loccumer Protokolle 40/03, 2003.

Das Gemeinschaftsrecht sieht im Primärrecht kein dem Art. 141 EG entsprechendes Diskriminierungsverbot für Diskriminierungen wegen der Religion vor. Art. 13 EG regelt lediglich die Kompetenz des Rates für geeignete Vorkehrungen, um Diskriminierungen u. a. aus Gründen des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung zu bekämpfen. Er ist die Grundlage für die Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG. Beide Richtlinien orientieren sich an der inzwischen durch die Richtlinie 2002/73/EG geänderten Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH*. Die Richtlinien beinhalten umfassende Diskriminierungsverbote und konkretisieren damit Art. 21 der GRCh.<sup>120</sup> Die Kopftuch-Entscheidungen betreffen den Anwendungsbereich der drei genannten Richtlinien. Daher stellt sich die Frage, ob unter Beachtung der Richtlinien, die sehr konkret gefasst sind und dem nationalen Gesetzgeber nur wenig Umsetzungsspielraum lassen, die rechtliche Wertung anders ausfallen müsste. Da die Richtlinien aufeinander abgestimmt sind und inhaltlich übereinstimmende Definitionen des Diskriminierungsbegriffs sowie der Rechtfertigungstatbestände verwenden, soll dieser Frage exemplarisch anhand der Richtlinie 2000/78/EG nachgegangen werden. Sie betrifft ebenso wie die beiden anderen Richtlinien sowohl den privaten wie auch den öffentlichen Sektor.<sup>121</sup>

#### a) Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Nach Art. 1 RL 2000/78/EG wird durch die Richtlinie ein allgemeiner Rahmen »zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten« geschaffen. Nach Art. 2 Abs. 1 ist die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe untersagt. Art. 2 Abs. 2 a) definiert die »unmittelbare Diskriminierung«. Diese liegt dann vor, »wenn eine Person wegen eines 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«. Eine »mittelbare Diskriminierung« liegt nach Art. 2 Abs. 2 b) hingegen vor, »wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können«. In Bezug auf das Kopftuchverbot für Lehrerinnen bzw. Verkäuferinnen kommt eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 b) der Richtlinie in Betracht, da Anknüpfungspunkt jeweils neutral formulierte Vorschriften des Beamtenrechts (»Eignung«) bzw. des Arbeitsrechts (»sozial gerechtfertigt«) sind, die nur in einer bestimmten rechtlichen Auslegung bestimmte Religionsangehörige –

<sup>120</sup> ABl. C 364 v. 18. 12. 2000, S. 1. Dazu näher unten V. 2.

<sup>121</sup> Allein der Anwendungsbereich der sog. Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG geht weiter (soziale Sicherheit, Bildung, Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen), vgl. Art. 3, und wirkt auch direkt in die zivilrechtliche Privatautonomie hinein, vgl. dazu *Marlene Schmidt*, Das Arbeitsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2001, III Rn. 150, 153; *Nickel*, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668; *Mahlmann*, Gleichheitsschutzprobleme und Privatautonomie. Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft, ZEUS 2002, 407, 412.

muslimische Frauen – dadurch benachteiligen, dass sie von bestimmten beruflichen Tätigkeiten ausgeschlossen werden. Angeknüpft werden kann aber auch an die betreffende Maßnahme selbst. Die Nichteinstellung der angehenden Lehrerin bzw. Kündigung der Verkäuferin knüpft nicht an die Zugehörigkeit zum Islam an, sondern neutral an ein äußerlich sichtbares religiöses Symbol – insoweit kommt natürlich jedes sichtbare religiöse Symbol in Betracht.<sup>122</sup>

### b) Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung

Mittelbare Diskriminierungen können allerdings nach Art. 2 Abs. 2 b) i) durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt werden, sofern das jeweilige Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich ist.<sup>123</sup> Im Hinblick auf den Beruf der Lehrerin, bei dem der Staat durch die betreffende Person repräsentiert wird, kommt eine Rechtfertigung des diskriminierungsgeeigneten Kopftuchverbots auf der Grundlage des vorsorgenden Neutralitätskonzepts in Betracht, das als rechtmäßiges Ziel die Wahrung und Durchsetzung der staatlichen Pflicht zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität im Schulbereich bezweckt. Das Kopftuchverbot erscheint als Mittel zur Durchsetzung dieses Ziels auch angemessen und erforderlich. Ein milderer Mittel, insbesondere das probeweise Kopftuchtragen, kommt im Schulbereich nicht in Betracht, da ansonsten die vorsorgende staatliche Neutralität nicht gewahrt wäre. Anders im Bereich des privaten Berufssektors. Als rechtmäßiges Ziel des Kopftuchverbots könnte hier im Hinblick auf Art. 16 GRCh zwar die Abwehr von Gefahren für wettbewerbsbezogene Wirtschaftsinteressen des Unternehmens erwogen werden.<sup>124</sup> Allerdings dürfte insoweit eine bloß vermutete Gefahrenlage nicht ausreichen. Sofern sich tatsächlich die Gefährdung der Unternehmensinteressen – etwa in Form von Umsatzeinbußen – als Folge eines geänderten Konsumverhaltens der Kundschaft einstellt, welches wiederum auf rassistisch motivierten Ressentiments der Kundschaft gegenüber Kopftuchträgerinnen basiert, erscheint ein Kopftuchverbot letztlich jedenfalls nicht angemessen. Anderenfalls würde insbesondere dem Ziel der sog. Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG entgegengewirkt. Ausweislich deren Erwägungsgrund 23 will die Richtlinie »die Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften« gewährleisten, »um allen Menschen – ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft – eine Teilhabe (zu) ermöglichen«. Die erfolgreiche soziale Eingliederung setzt jedoch die gleichberechtigte Teilhabe am wirtschaftlichen Leben voraus.<sup>125</sup> Eine Rechtfertigung des Kopftuchverbots im privaten Sektor dürfte daher zu verneinen sein.<sup>126</sup>

122 Kreuz, Kipa, Turban, Kopftuch etc.; vgl. auch *Brenner*, VVDStRL 59 (2000), S. 264, 283 f., der das Tragen christlicher Symbole durch Lehrpersonen für unzulässig hält.

123 Bzgl. RL 2000/43/EG vgl. den entspr. formulierten Art. 2 Abs. 2 b); bzgl. RL 73/2002/EG i.V. m. 76/207/EWG vgl. Art. 2 Abs. 2 2. Spiegelstrich.

124 In Anknüpfung an EuGH v. 13. 5. 1986, Rs 170/84 *bilka*, Slg. 1986, 1607 und EuGH v. 27. 10. 1993, Rs. C-127/92 *Enderby*, Slg. 1993, 5535: »wirkliches Bedürfnis des Unternehmens«.

125 So zutreffend *Marlene Schmidt* (Fn. 120), III Rn. 188 unter Hinweis auf die Begr. der Komm., KOM (1999) 566 endg., 5. Vgl. auch den Vorschlag der Komm. für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vom 28. 11. 2001, der davon ausgeht, dass die europäische Gesellschaft »multikulturell und multi-ethnisch strukturiert« ist und gerade »ihre Diversität (...) einen positiven Beitrag und eine Bereicherung« darstellt. Rassismus und Fremdenfeindlichkeit gelten als »unmittelbarer Verstoß gegen die Grundsätze der Freiheit, Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit, auf die sich die Europäische Union gründet und die – wie in Art. 6 des EU-Vertrages verankert – allen Mitgliedstaaten gemeinsam« sind, KOM (2001) 664 endg., 2.

126 Bzgl. RL 2000/43/EG daher auch keine Rechtfertigung nach dem entspr. formulierten Art. 2 Abs. 2b).

Eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit ist in Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG vorgesehen.<sup>127</sup> Danach können die Mitgliedstaaten regeln, »dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Art. 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.« Insoweit wird den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie ein Handlungsspielraum eingeräumt.<sup>128</sup> Es besteht demnach für den deutschen Gesetzgeber die Möglichkeit, berufsbezogene Regelungen vorzusehen, die etwa in Bezug auf den Lehrerberuf im öffentlichen Schulwesen an das Merkmal der »persönlichen Eignung« anknüpfen, das wiederum die Religionszugehörigkeit einer Person betreffen kann. Das Merkmal der »persönlichen Eignung«, das die Beachtung der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates und der ihn repräsentierenden Personen im Schulunterricht impliziert, kann – wie oben dargelegt – als »entscheidende berufliche Anforderung« im Sinne der Richtlinie betrachtet werden. Die Einhaltung des staatlichen Neutralitätsgebots verfolgt auch einen in einem demokratischen und pluralen Gemeinwesen rechtmäßigen Zweck, denn es gewährleistet die friedliche Koexistenz der im öffentlichen Schulwesen aufeinandertreffenden verschiedenen Religionsangehörigen. Das Kopftuchverbot stellt schließlich auch eine angemessene Anforderung zur Erreichung dieses Zwecks dar, da ein milderes Mittel – wie oben dargelegt – nicht in Betracht kommt. Die für Lehrerinnen mit dem Kopftuchverbot verbundene Einschränkung lässt sich somit auch nach Art. 4 Abs. 1 rechtfertigen.

Anders ist hingegen die rechtliche Betrachtung in Bezug auf das Kopftuchverbot bzw. das damit verbundene Tätigkeitsverbot für Verkäuferinnen. Die Berufstätigkeit kann hier gleichermaßen mit und ohne Kopftuch ausgeübt werden, ohne dass es dadurch zu einer »Qualitätsbeeinträchtigung« der Tätigkeit kommt. In der fehlenden Kopfbedeckung kann daher keine entscheidende berufliche Anforderung im Sinne der Richtlinie gesehen werden, so dass sich das Kopftuchverbot nach Art. 4 Abs. 1 schon deshalb nicht rechtfertigen lässt.

### c) Ausnahme vom Anwendungsbereich

Schließlich soll noch auf Art. 2 Abs. 5 hingewiesen werden, der für bestimmte, in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen vorgesehene Maßnahmen eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG formuliert. Danach findet die Richtlinie auf solche Maßnahmen keine Anwendung, die im einzelstaatlichen Recht vorgesehen und »in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.« Der unspezifische Begriff der Maßnahmen umfasst hier offenbar sowohl mittelbare als auch unmittelbare Diskriminierungen. Aus den Erwägungsgründen lässt sich nicht entnehmen, welche Art von Maßnahmen der Richtliniengeber bei der Formulierung von Art. 2 Abs. 5 im Auge hatte.<sup>129</sup> Es fällt zudem nicht leicht,

<sup>127</sup> Bzgl. RL 2000/43/EG kommt eine Rechtfertigung nach dem entspr. formulierten Art. 4 in Betracht, bzgl. RL 2002/73/EG i.V.m. RL 76/207/EWG nach Art. 2 Abs. 6.

<sup>128</sup> Laut Erwägungsgrund 23 kommt bzgl. Art. 4 Abs. 1 eine Rechtfertigung nur »unter sehr begrenzten Bedingungen« in Betracht. Zu Art. 4 Abs. 1 RL 2000/42/EG vgl. *Mahlmann*, ZEUS 2002, 407, 423.

<sup>129</sup> Die nur schwer verständliche Regelung des Art. 2 Abs. 5 stellt vermutlich eine (Über-)Reaktion auf das »Kreil«-Urteil des EuGH dar, in dem die Anwendbarkeit der RL 76/207/EWG auf den freiwilligen

sich vorzustellen, welche diskriminierenden Maßnahmen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein könnten – abgesehen von sog. positiven Maßnahmen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie, die bislang diskriminierte Personen begünstigen können, um dadurch das von der Richtlinie anvisierte Ziel der tatsächlichen Gleichstellung der Betroffenen zu erreichen. Solche Maßnahmen werden von Art. 2 Abs. 5 aber angesichts der ausdrücklichen Regelung des Art. 7 kaum gemeint sein. Im Hinblick darauf, dass Erwägungsgrund 4 der Richtlinie klar von der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und dem Recht auf Schutz vor Diskriminierungen als allgemeines Menschenrecht ausgeht, dürfte der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 5 letztlich sehr eng sein. Will sich ein Mitgliedstaat auf ihn berufen, so wird er das Vorliegen der Voraussetzungen klar darlegen müssen. Dazu gehört auch der Nachweis der Verhältnismäßigkeit der betreffenden Maßnahme im Einzelfall, denn nach Art. 2 Abs. 5 muss die Maßnahme »notwendig« sein, also geeignet und erforderlich.<sup>130</sup> Im Hinblick auf die künftige Bedeutung der EMRK und des EGMR für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts (s. u.) ist noch einmal auf die Begründung des *EGMR*<sup>131</sup> hinzuweisen. Hier könnte im Hinblick auf Art. 2 Abs. 5 der Gedanke aufkommen, die Richtlinie 2000/78/EG sei für Lehrerinnen im öffentlichen Schulwesen womöglich gar nicht einschlägig. Der *EGMR* hält das Kopftuchverbot ausdrücklich zum »Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, der Ordnung und der öffentlichen Sicherheit« für gerechtfertigt. Insoweit wird zwar auf den Schutz der Schüler und Schülerinnen vor einer möglichen Indoktrination durch das Kopftuch Bezug genommen, gleichzeitig aber eingeräumt, es sei schwierig, überhaupt den möglichen Einfluss des Kopftuchs auf Grundschulkinder abzuschätzen. Trotz dieser unklaren und vagen Gefahrenlage hält der *EGMR* das Verbot zum Schutz der »Rechte und Freiheiten anderer« für gerechtfertigt. Dies erscheint wenig überzeugend. Gänzlich ohne Begründung bleibt schließlich die apodiktische Feststellung des *EGMR*, das Kopftuchverbot diene der »Ordnung und der öffentlichen Sicherheit« und sei dementsprechend als eine in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahme zu betrachten. Solche bloß vermuteten Gefahren dürften nicht ausreichen, um Art. 2 Abs. 5 für einschlägig zu erklären. Anderenfalls würde der in Art. 1 der Richtlinie genannte Zweck unterlaufen werden.

## 2. Europäische Grundrechte und die Bedeutung der EMRK

Auf die Zweifel an der Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EGMR auf Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78/EG hinzuweisen, erscheint nicht unwichtig, denn die Rechtsprechung des *EGMR* wirkt sich auch im Rahmen des Gemeinschaftsrechts aus. Zwar ist das für die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG wie auch für die anderen Gleichbehandlungsrichtlinien maßgebliche Gericht der *EuGH*. Der zu beachtende Maßstab ergibt sich daher vor allem aus den Grundfreiheiten und dem Kanon der durch den *EuGH* entwickelten und konkretisierten europäischen Grundrechte. Dabei ermittelt der Gerichtshof den Inhalt der Grundrechte mit Hilfe der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der von allen Mitglied-

Dienst in der Bundeswehr mangels Vorbehalts für die öffentliche Sicherheit bejaht wurde, vgl. *Marlene Schmidt* (Fn. 120), III Rn. 188; *Skidmore*, ILJ 2001, 126, 129 f.

<sup>130</sup> Ebenso *Marlene Schmidt* (Fn. 120), III Rn. 188. Einer Einzelfallprüfung bedarf es allerdings in Bezug auf die Merkmale »Alter« und »Behinderung« nicht, soweit es um die Streitkräfte geht, vgl. Art. 3 Abs. 4 RL 2000/78/EG.

<sup>131</sup> *EGMR*, NJW 2001, 2871, 2873.

staaten ratifizierten EMRK. In diesem Zusammenhang nimmt er auch auf die Rechtsprechung des *EGMR* Bezug. Inzwischen sind die vom *EuGH* entwickelten Grundrechte in der am 7. Dezember 2000 proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)<sup>132</sup> kodifiziert worden. Die Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert – ebenso wie die beiden anderen Gleichbehandlungsrichtlinien – Art. 21 Abs. 1 der GRCh, der ein subjektiv-rechtlich formuliertes Verbot von Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung enthält. Er wird ergänzt durch das in Art. 23 Abs. 1 GRCh enthaltene Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen.<sup>133</sup> Nach Art. 52 Abs. 3 GRCh kommt den in der Grundrechtecharta gewährten Rechten, soweit sie den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite zu, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Dabei handelt es sich jedoch um einen Mindestschutz, über den das Recht der Union nach Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GRCh hinausgehen kann.

Art. 21 Abs. 1 GRCh und Art. 14 EMRK enthalten zum Teil gleichlautende Diskriminierungsmerkmale. Soweit Art. 21 Abs. 1 GRCh mit Art. 14 EMRK zusammenfällt, soll Art. 21 GRCh gemäß Art. 14 EMRK Anwendung finden.<sup>134</sup> Insoweit wird auch die Rechtsprechung des *EGMR* für die Auslegung von Art. 21 Abs. 1 GRCh und die ihn konkretisierende RL 2000/78/EG bedeutsam. Entsprechendes gilt für die Auslegung von Art. 10 Abs. 1 GRCh, der das Grundrecht der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit garantiert. Insoweit soll Art. 10 GRCh nach Art. 52 Abs. 3 GRCh die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie Art. 9 EMRK, so dass auch hier die Rechtsprechung des *EGMR* zu beachten ist. Der Streit darüber, ob der Grundrechtecharta nur politische Bedeutung oder aber auch rechtliche Verbindlichkeit zukommt, dürfte sich im Hinblick auf die künftige Verfassung der EU in Kürze erledigen, denn die Grundrechtecharta ist unverändert in den Verfassungsvertragsentwurf übernommen worden.<sup>135</sup> Noch nicht abschließend geklärt ist das Verhältnis zwischen dem *EuGH* und dem *EGMR*. Die Gemeinschaft ist zwar bislang nicht unmittelbar an die EMRK gebunden, weil sie nicht selbst Vertragspartei ist. Für den Grundrechtsschutz besteht demnach eine Parallelzuständigkeit von *EuGH* und *EGMR*.<sup>136</sup>

<sup>132</sup> ABl. C 364 vom 18. 12. 2000.

<sup>133</sup> Der *EuGH* betrachtet den allgem. Gleichheitssatz als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts, dazu *Kingreen*, in: Callies/Blanke (Hrsg.), Komm. zum EG/EU-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 170 m. w. N. (Fn. 486).

<sup>134</sup> Rat der EU, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Erläuterungen zum vollständigen Wortlaut, Dezember 2000, Erläuterung zu Art. 21, S. 39.

<sup>135</sup> Europäischer Konvent, Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa v. 18. 7. 2003, Teil II, CONV 850/03. Es sprechen schon jetzt gute Gründe dafür, die GRCh bereits in der Übergangszeit als rechtserheblich zu betrachten. So haben sich bereits eine Reihe von GA auf die GRCh als Quelle der Identifikation von Gemeinschaftsgrundrechten bezogen, vgl. z. B. GA Alber, Rs. C-340/99 TNT Traco, GA Tizzano, Rs. C-173/99 BECTU; GA Stix-Hackl, Rs. C 49/00 Komm. gegen Italien, Rs. C-131/00 Nilsson, Rs. C-459/99 MRAX; GA Geelhoed, Rs. C-413/99 Baumbast und R, Rs. C-313/99 Mulligan u. a.; GA Léger, Rs. C-353/99 P Rat gegen Hautala u. a., Rs. C-309/99 Wouters. Das Gericht erster Instanz hat bereits zweimal auf die GRCh verwiesen, vgl. Urt. v. 30. 1. 2002, T-54/99 max-mobil u. Urt. v. 3. 5. 2002, T-177/01 Jégo-Quérel. Ansonsten bleibt der »Umweg« über Art. 6 Abs. 2 EUV und die dort genannten »gemeinsamen Verfassungsuberlieferungen der Mitgliedstaaten«, die durch die GRCh konkretisiert werden, ebenso *Kingreen* (Fn. 133), Art. 6 EU-Vertrag Rn. 43; *Callies*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, *EuZW* 2001, 261, 267; *Marlene Schmidt* (Fn. 120), I Rn. 86; *Zuleeg*, Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte, *EuGRZ* 2000, 511, 514.

<sup>136</sup> Vgl. *Kingreen* (Fn. 133), Art. 6 EU-Vertrag Rn. 92a. Der VerfassungsE sieht nun eine solche Beitrittsmöglichkeit der Gemeinschaft in Art. 5 Abs. 2 vor.

Die rechtliche Wertung, Lehrerinnen im öffentlichen Schulwesen das Tragen von äußerlich erkennbaren religiösen Symbolen wie dem religiös motivierten Kopftuch zu untersagen, ist verfassungsrechtlich durch die staatliche Neutralitätspflicht im Sinne der vorsorgenden Neutralität gerechtfertigt und mit dem gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrecht zu vereinbaren. Demgegenüber lässt sich ein entsprechendes Verbot im Bereich des privaten Sektors, etwa gegenüber Verkäuferinnen, weder verfassungsrechtlich noch gemeinschaftsrechtlich rechtfertigen. Die RL 2000/78/EG wird den Schutz vor Diskriminierung wegen der Religion verstärkt, da danach unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen nur noch sehr eingeschränkt zulässig sind. Der Gesetzgeber bleibt aufgefordert, das gemeinschaftsrechtliche Gleichstellungskonzept der RL 2000/78/EG i.V.m. RL 2000/43/EG und RL 2002/73/EG fristgemäß umzusetzen und das Problem der Diskriminierung wegen der Religion – und Ethnie – nicht nur als Problem Einzelner, sondern auch als Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Konflikts zu begreifen. Eine angemessene Konfliktlösung erfordert sachliche und konsequente gesetzliche und rechtliche Entscheidungen, die letztlich auch die Frage aufwerfen, ob das derzeit geltende Modell der »hinkenden Trennung« zwischen Staat und Religionsgemeinschaften möglicherweise weiterzuentwickeln ist in Richtung Laizismus. Notwendig ist auch eine klare staatliche Absage an solche religiös-politischen Vereinigungen wie den inzwischen verbotenen Verein »Kalifatsstaat«, deren Wertordnung in Kontrast zu den Werten des Grundgesetzes steht.<sup>137</sup> Erforderlich ist zudem ein vernünftiges Migrations- bzw. Zuwanderungsrecht, das die möglichen gesellschaftlichen Konflikte von vornherein mitberücksichtigt und einer interessengerechten Lösung zuführt. Anzustreben ist letztlich ein europäisches Migrationskonzept.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> Verbot des »Kalifatsstaats« wg. Verstoßes gegen das GG und den Gedanken der Völkerverständigung durch das BMI am 8. 12. 2001; bestätigt durch BVerwG, Urt. v. 27. 11. 2002 – 6 A 1/02, 6 A 3/02, 6 A 4/02 u. 6 A 9/02.

<sup>138</sup> Vgl. dazu Mitteilung der Komm. an den Rat und das Europäische Parlament über einen Aktionsplan zur Erhebung und Analyse statistischer Daten durch die Gemeinschaft im Bereich der Migration vom 15. 4. 2003, als Grundlage für die künftige Gemeinschaftspolitik im Bereich Asyl und Migration, KOM (2003) 179 endg.