

sungsrechtliche garantierte Erbrecht nicht zu unterlaufen. Das TKG muss reformiert werden. In Anlehnung an einen Gesetzesvorschlag des Deutschen Anwaltsvereins sollte § 88 TKG dahin gehend ergänzt werden, dass Diensteanbieter beim Erbfall die Befugnis haben, Zugangsdaten und

Nachrichten des Erblassers aus sozialen Netzwerken oder E-Mail-Accounts an Erben weiterzugeben.<sup>31</sup>

31 Stellungnahme Nr. 34/2013 des Deutschen Anwaltsvereins, Juni 2013, S. 6.

## Arbeitsrecht

# Das Kopftuchverbot in Betrieben öffentlicher und privater Arbeitgeber

RA'in Heike Mareck

## A. Problemstellung

Bewerbungen und Maßnahmen gegenüber Muslimas, die während des Dienstes auf dem Tragen eines Kopftuches als Symbol des islamischen Glaubens beharren, haben in der letzten Zeit neben den nationalen Arbeits- und Verwaltungsgerichten auch den EuGH und den EGMR beschäftigt. Im Ergebnis geht es stets um das Spannungsfeld zwischen grund- und europarechtlich geschützten Positionen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite.

Die hierzu vorliegenden Entscheidungen befassen sich zu einem großen Teil mit dem Zugang zu öffentlichen Arbeitgebern und deren monopolisierter Ausbildung. Dies betrifft Referendarinnen im juristischen Vorbereitungsdienst, Lehramtsbewerberinnen, Lehrkräfte in öffentlichen Schulen, aber auch Krankenpflegekräfte in öffentlichen oder kirchlich betriebenen Krankenhäusern. Erstaunlicherweise stellt sich das Problem „Kopftuch“ in Betrieben rein privater Arbeitgeber deutlich seltener.

Im Ergebnis läuft die Entscheidung über die Zulässigkeit der Untersagung, ein islamisches Kopftuch zu tragen, stets auf eine Abwägung zwischen den Grundrechten der Betroffenen (also insbesondere der Berufs- und Glaubensfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG bzw. der durch Art. 9 EMRK geschützten individuellen Religionsfreiheit und dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 1 der RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 und der einfach-gesetzlichen Festschreibung dieser Grundsätze z.B. im AGG) gegenüber den Rechtspositionen der Arbeitgeberseite hinaus.

Diese ergeben sich bei öffentlichen Arbeitgebern vor allem aus

- dem staatlichen Neutralitätsgebot in Verbindung mit dessen (landes-)gesetzlicher Ausgestaltung, wie z.B. in § 57 Abs. 4, § 58 Satz 2 SchulG NW „Berliner Neutralitätsgesetz“,<sup>1</sup>
- den Selbstbestimmungsrechten der Kirchen und ihrer Einrichtungen in Deutschland,

- dem Prinzip der Laizität und Neutralität der französischen Verfassung z.B. in Frankreich.

Privatrechtlich organisierte Arbeitgeber können sich, wie Arbeitnehmer und Bewerber, auf die Berufs- und (negative) Glaubensfreiheit sowie die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb berufen.

## B. Die Zulässigkeit des Kopftuchverbots unter europarechtlichen Aspekten

Vor allem zwei Entscheidungen des EuGH vom 14.03.2017<sup>2</sup> und eine Entscheidung des EGMR vom 26.11.2015<sup>3</sup> geben den nationalen Arbeits- und Verwaltungsgerichten eine Richtschnur an die Hand, wie dieses Konfliktfeld zwischen verfassungs- bzw. europarechtlich geschützten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen aufgelöst werden kann.

### I. Die Sichtweise des EuGH

Im ersten Fall vor dem EuGH war eine belgische Rezeptionistin bei einem privaten Sicherheitsdienstunternehmen beschäftigt, in dem eine ungeschriebene Regel allen Arbeitnehmern das Tragen sichtbarer Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen am Arbeitsplatz verbot. Aufgrund der Kundgabe ihrer festen Absicht, während der Arbeit das islamische Kopftuch zu tragen, wurde die Arbeitnehmerin im Ergebnis entlassen. Der belgische Gerichtshof legte dem EuGH die Frage vor, ob ein solches – auf einer allgemeinen internen Regel beruhendes – Verhalten des Unternehmens eine unmittelbare Diskriminierung darstelle. Der EuGH prüfte das Verbot und die

1 Gesetz zu Art. 29 der Verfassung von Berlin vom 27.01.2005.

2 EuGH, Urt. v. 14.03.2017 - C-157/15 - „G4S Secure Solutions“; EuGH, Urt. v. 14.03.2017 - C 188/15 - „Bouagnaoui und ADDH“.

3 EGMR, Urt. v. 26.11.2015 - 64846/11 - „E./Frankreich“.

Sanktion in erster Linie unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Sinne der RL 2000/78/EG.<sup>4</sup>

Die Richter in Luxemburg entschieden, dass eine solche interne Regel, die unterschiedslos jede Bekundung der entsprechenden Überzeugungen verbiete, keine unmittelbar auf Religion oder Weltanschauung beruhende Ungleichbehandlung darstelle. Eine mittelbare Diskriminierung, die in der Benachteiligung der betroffenen Arbeitnehmer als Angehörige einer bestimmten Religion in besonderer Weise liegen könne, sei möglicherweise sachlich gerechtfertigt. Dies richte sich danach, ob ein rechtmäßiges Ziel, wie z.B. eine Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität, durch das Unternehmen verfolgt werde sowie die eingesetzten Mittel angemessen und erforderlich seien, was der belgische Gerichtshof in eigener Kompetenz zu prüfen habe.

Im zweiten, ebenfalls am 14.03.2017 vom EuGH entschiedenen Fall, ging es um eine französische Arbeitnehmerin. Sie trug im Anschluss an ein absolviertes Praktikum an ihrem Arbeitsplatz als Software Designerin ein islamisches Kopftuch, gebunden als einfaches Bandana. Nach Kundenbeschwerden und mehrfachem vergeblichem Bitten, in Kontakt mit Kunden auf diese zu verzichten, entließ das Unternehmen die Arbeitnehmerin. Der französische Gerichtshof wollte vom EuGH wissen, ob eine solche Kundenbeschwerde als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ i.S.d. RL 2000/78/EG anzusehen sei.

Diese Antwort blieb der EuGH den französischen Richtern im Ergebnis schuldig, verwies aber auf die in der Entscheidung hinsichtlich der belgischen Arbeitnehmerin aufgestellten Grundsätze. Der französische Gerichtshof müsse selbst prüfen, ob die Entlassung auf einen Verstoß gegen eine unternehmensinterne Regel gestützt werden könne, die die Arbeitnehmerin zu politischer, philosophischer und religiöser Neutralität verpflichte. Dies bedeutet, dass der französische Gerichtshof selbst aufklären muss, ob nach den dargestellten Voraussetzungen eine mittelbare Benachteiligung der Arbeitnehmerin vorliegt, und ob diese durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt, sowie die Wahl der Mittel des Unternehmens angemessen und erforderlich ist. Der EuGH ließ aber durchblicken, dass die Erwägung des Arbeitgebers, Kundenwünschen zu entsprechen, nur ausnahmsweise den objektiv vorgesehenen Rahmen der „entscheidenden beruflichen Anforderung“ erfüllen durfte.

## II. Die Sichtweise des EGMR

Das Verbot der Religionsausübung durch Tragen eines islamischen Kopftuchs in einem öffentlichen Krankenhaus hat auch den EGMR beschäftigt.<sup>5</sup>

Im entschiedenen Fall war eine französische Staatsbürgerin muslimischen Glaubens als Sozialassistentin in der psychi-

atrischen Abteilung eines öffentlichen Pariser Krankenhauses beschäftigt. Ihre Weigerung, während der Arbeit ihr islamisches Kopftuch abzulegen, und die darauf beruhenden Beschwerden von Patienten anderen Glaubens führten zur Entscheidung, ihren befristeten Arbeitsvertrag nicht zu verlängern. Hiergegen erhob die Arbeitnehmerin, die sich in ihrem Recht auf Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK verletzt sah, Individualbeschwerde zum EGMR.

Dieser sah in der fehlenden Verlängerung des Arbeitsvertrags zwar einen Eingriff in die Freiheit der Religionsausübung. Dieser sei aber aufgrund des in der französischen Verfassung verankerten Prinzips auf Neutralität des gesamten öffentlichen Dienstes verhältnismäßig. Damit liege keine Verletzung von Art. 9 EMRK vor.

Somit folgte der EGMR der Sichtweise der zuvor mit dem Fall beschäftigten innerstaatlichen Gerichte. Diese hatten ebenfalls dem Prinzip der laizistischen Neutralität, das in Frankreich den Staat und seine Organe zu strikter Unparteilichkeit in religiösen Fragen verpflichtet, den Vorrang gegenüber der Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin eingeräumt. Das Postulat einer konkreten Gefahr für das Prinzip der staatlichen Neutralität oder der Nachweis konkreter Störungen des Betriebsfriedens durch das Tragen des Kopftuchs wird vom EGMR, anders als bereits im Jahr 2015 vom BVerfG,<sup>6</sup> hingegen nicht gefordert.

## C. Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch das BAG, das BVerfG und die Instanzgerichte

Wie bereits angedeutet, tun sich das BVerfG und das BAG deutlich schwerer als der EuGH und der EGMR, allein das auch in Deutschland bestehende Gebot der weltanschaulich religiösen Neutralität des Staates und dessen abstrakte Gefährdung durch das Tragen eines islamischen Kopftuchs als Grundlage für ein Verbot durch öffentliche Arbeitgeber und entsprechende Sanktionen ausreichen zu lassen.

### I. Die Entscheidungen der Arbeitsgerichte

Anderes gilt nach Auffassung des 5. Senats des BAG hingegen in Einrichtungen der Kirchen. So sei das Tragen eines Kopftuchs, als Symbol der Zugehörigkeit zum islamischen Glauben in Einrichtungen der evangelischen Kirche – hier einem Krankenhaus – regelmäßig nicht mit den arbeitsver-

4 RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

5 EGMR, Urt. v. 26.11.2015 - 64846/11 - „E./Frankreich“.

6 BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 - 1 BvR 471/10 und BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 - 1 BvR 1181/10 - mit Sondervoten des Richters Schluckebier und der Richterin Hermanns.

traglichen Pflichten vereinbar.<sup>7</sup> Die Kundgabe einer abweichenden Religionszugehörigkeit widerspreche der Verpflichtung der Arbeitnehmerin zu neutralem Verhalten. In privatrechtlich organisierten Betrieben, die auch keinen Bezug zu den christlichen Kirchen aufweisen, ist allein das Tragen eines islamischen Kopftuchs für deutsche Arbeitsgerichte in den meisten Fällen zumindest kein Kündigungsgrund. So entschied der 2. Senat des BAG bereits im Jahr 2002,<sup>8</sup> dass das Tragen eines Kopftuchs durch eine Verkäuferin islamischen Glaubens regelmäßig nicht deren personen- oder verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt.

An ihrer Arbeitsleistung, dem Führen von Verkaufsgesprächen und -vorgängen sei die Arbeitnehmerin durch das islamische Kopftuch nicht gehindert. In Anbetracht des hohen Stellenwerts der Glaubens- und Religionsfreiheit müsse die Arbeitgeberin konkret aufzeigen und darlegen, ob und inwieweit sie durch das Tragen des Kopftuchs in ihrer ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Unternehmerfreiheit betroffen sei. Dies bedeutet, dass die Arbeitgeberin darlegen muss, ob und aufgrund welcher Tatsachen ein weiterer Einsatz der Verkäuferin mit dem Kopftuch zu konkreten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen führen würde.

Auch das LArbG Berlin-Brandenburg sieht in einer aktuellen Entscheidung<sup>9</sup> das generelle Verbot des muslimischen Kopftuchs ohne konkrete Gefährdung als unzulässig an. Sofern das Land Berlin die Bewerbung einer Muslima, die auch im Unterricht ein Kopftuch tragen will, ablehne, müsse eine hiervon ausgehende konkrete Gefährdung der Unterrichtsziele nachgewiesen werden. Da es hieran nach Meinung des LArbG Berlin-Brandenburg fehlte, bekam die Bewerberin zwei Monatsgehälter (8.680 €) als Entschädigung zugesprochen.

## II. Die Sichtweise des BVerfG

Auch das BVerfG lässt in den aktuellen Entscheidungen zum Thema islamisches Kopftuch eine abstrakte Gefahr weder für Lehrkräfte in öffentlichen Schulen<sup>10</sup> noch für Erzieherinnen in kommunalen Kindertagesstätten<sup>11</sup> ausreichen, um ein pauschales Kopftuchverbot zu rechtfertigen. Insofern verlangt der 1. Senat des BVerfG eine hinreichend belegbare konkrete Gefahr für den Schulfrieden bzw. den Frieden der Einrichtung einer Kindertagesstätte und die Neutralität des Staates.

Auch einfach-gesetzliche Regelungen, wie § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG NW oder § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW (nunmehr § 7 Abs. 8 KiTaG BW n.F.) sind nach dem BVerfG verfassungskonform dahin gehend auszulegen, dass eine nur abstrakte Gefährdung der dort genannten Schutzgüter nicht genügt, um einer Lehrerin oder Erzieherin islamischen Glaubens das Tragen eines Kopftuchs wirksam verbieten zu können.

## D. Das Sanktions-Instrumentarium des Arbeitgebers bei Verstößen gegen das Kopftuchverbot

Das entscheidende Kriterium für die Wirksamkeit arbeitgeberseitiger Sanktionen gegen Arbeitnehmerinnen, die der Aufforderung nicht nachkommen, auf das Tragen des islamischen Kopftuchs während des Dienstes zu verzichten, ist die Wirksamkeit einer solchen Anweisung nach den oben dargestellten Prämissen, die von der nationalen Rechtsprechung sowie dem EuGH und dem EGMR aufgestellt wurden.

Im Übrigen richtet sich bei Zulässigkeit der Weisung die Durchsetzbarkeit nach den allgemeinen abgestuften Sanktionsszenarien des Arbeitsrechts.

### I. Ermahnung, Abmahnung und Kündigung

Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber nach Ausspruch eines wirksamen Kopftuchverbots – bspw. in einer kirchlichen Einrichtung – eine sich weigernde Arbeitnehmerin nicht ohne Weiteres direkt ordentlich oder gar außerordentlich kündigen kann. Vielmehr ist der vorherige Ausspruch einer Abmahnung, die das Fehlverhalten vor Augen führen und eine Verhaltensumkehr bewirken soll, i.d.R. vor Ausspruch einer verhaltensbedingten (ordentlichen) Kündigung zwingend erforderlich. Auch sollte der Arbeitgeber, der im Vorfeld eine Eskalation der Situation vermeiden will, vor einer Abmahnung die Arbeitnehmerin besser direkt ermahnen – sozusagen vorgeschaltet.

### II. Die Nichteinstellung von Bewerberinnen

Bereits im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses, bei der Bewerbung, stellt sich die Frage, ob im (späteren) Dienst das Tragen eines islamischen Kopftuchs wirksam verboten werden kann. Nur dann darf der Arbeitgeber nämlich eine Bewerberin ablehnen, wenn diese bereits – bspw. im Vorstellungsgespräch – uneingeschränkt auf das Tragen eines islamischen Kopftuchs im späteren Arbeitsverhältnis besteht. War eine solche Untersagung unwirksam und lehnt der Arbeitgeber die Bewerberin dennoch ab, sieht er sich später unter Umständen erfolgreichen Entschädigungsansprüchen der Bewerberin nach § 15 AGG i.V.m. § 7 AGG ausgesetzt.<sup>12</sup>

7 BAG, Ur t. v. 24.09.2014 - 5 AZR 611/12.

8 BAG, Ur t. v. 10.10.2002 - 2 AZR 472/01.

9 LArbG Berlin-Brandenburg, Ur t. v. 09.02.2017 - 14 Sa 1038/16; so auch ArbG Berlin, Vergleich v. 26.06.2017 - 58 Ca 7190/17 (Land Berlin verpflichtete sich zur Zahlung von zwei Monatsgehältern).

10 BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 - 1 BvR 471/10; BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 - 1 BvR 1181/10.

11 BVerfG, Beschl. v. 18.10.2016 - 1 BvR 354/11.

12 LArbG Berlin-Brandenburg, Ur t. v. 09.02.2017 - 14 Sa 1038/16.

### E. Ansprüche der Betroffenen bei unwirksamem Kopftuchverbot

Wird eine Arbeitnehmerin zu Unrecht von einem öffentlichen oder privaten Arbeitgeber dazu aufgefordert, das Tragen eines islamischen Kopftuchs während der Arbeitszeit zu unterlassen, und spricht der Arbeitgeber bei einer Weigerung eine Abmahnung oder eine Kündigung aus, steht hiergegen der Klageweg vor den Arbeitsgerichten offen. Die Arbeitnehmerin kann sich mit einer Klage auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte analog § 1004 BGB bzw. mit einer Kündigungsschutzklage nach §§ 4, 13 KSchG gegen solche Sanktionen unter Beachtung der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen der jeweiligen Klageart zur Wehr setzen (insbesondere unter Einhaltung der Drei-Wochen-Frist bei der Kündigungsschutzklage).

Die Schadensersatzansprüche und die Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG und § 15 Abs. 2 Satz 1 und 2 AGG sind in der Praxis vor allem für Bewerberinnen muslimischen Glaubens interessant, die wegen des Beharens auf dem Tragen des Kopftuchs im Dienst nicht eingestellt werden.

Hier ist insbesondere der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG für Bewerberinnen, die ohne „bestgeeignet“ zu sein, wegen des Tragens eines muslimischen Kopftuchs abgelehnt werden. Insofern ist eine solche Ablehnung Vermutungstatsache i.S.d. § 22 AGG für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in § 7 AGG aus Gründen der Religion oder Weltanschauung nach § 1 AGG. Und damit geeignet, einen Entschädigungsanspruch zwischen einem und drei Bruttomonatsgehältern auszulösen, bezogen auf die zu besetzende Stelle.

Ein Anspruch auf Einstellung ist hingegen auch nach den Bestimmungen des AGG für abgelehnte Bewerber nicht vorgesehen (vgl. § 15 Abs. 6 AGG). Auch bei Bewerbungen auf ein Amt bei Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes gewähren Art. 33 Abs. 2 GG (für deutsche Staatsangehörige) und Art. 45 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der EU) für Bürger anderer Mitgliedsstaaten nur in einem engen Spektrum einen durchsetzbaren Einstellungsanspruch. Hier ist zum einen bereits vor Besetzung der Stelle mit dem/der ausgewählten Konkurrenten/Konkurrentin einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 935 ff. ZPO notwendig, um die endgültige Besetzung der Stelle zu verhindern. Zum anderen verdichtet sich der Bewerberanspruch auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens nur dann auf einen Besetzungsanspruch der Bewerbung, wenn – unabhängig von der Frage des Tragens eines islamischen Kopftuchs – die Auswahl gemessen an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zugunsten der Anspruchstellerin hätte ausfallen müssen.<sup>13</sup> Dies heißt im Klartext, ohne schlüssige Darlegung von konkreten

Verfahrensfehlern des Auswahlverfahrens und der Best-Eignung besteht kein Einstellungsanspruch.

### F. Fazit

Es bleibt insbesondere für private Arbeitgeber schwierig, das Verbot des islamischen Kopftuchs im Betrieb wirksam und gerichtsfest anzuordnen. Dies gilt ebenso für den Versuch, bei einem Verstoß gegen eine solche Weisung, Sanktionen wie eine Abmahnung oder eine Kündigung bei der betroffenen Arbeitnehmerin durchzusetzen.

Hier wird man im Einklang mit den Entscheidungen des EuGH und des BVerfG vor allem außerhalb hoheitlich geprägter Tätigkeiten im Staatsdienst eine abstrakte Gefährdung des Betriebsfriedens, der negativen Religionsfreiheit oder der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers nicht ohne Darlegung einer konkreten Gefahr für diese Werte als ausreichende Grundlage für ein Verbot und darauf fußende Sanktionen ansehen können. Ein vorschnell ausgesprochenes Verbot führt darüber hinaus einerseits zur Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Maßnahmen. Andererseits kann sich der Arbeitgeber Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen ausgesetzt sehen.

Das für streng hoheitlich geprägte Tätigkeiten andere Regeln gelten, hat das BVerfG durch die aktuelle Ablehnung einer Einstweiligen Anordnung klargestellt.<sup>14</sup> So dürfen in Hessen Rechtsreferendarinnen, die ein islamisches Kopftuch tragen, bei Verhandlungen nicht auf der Richterbank sitzen, keine Sitzungsleitungen, Beweisaufnahmen durchführen und keine Sitzungsververtretungen übernehmen.

<sup>13</sup> BAG, Urt. v. 17.08.2010 - 9 AZR 347/09.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.06.2017 - 2 BvR 1333/17.

## Sozialrecht

### Abfindung nach § 1a KSchG und Arbeitslosengeld

BSG, Urt. v. 08.12.2016 - B 11 AL 5/15 R

VRiLSG Leandro Valgolio

#### A. Problemstellung

Neben drohenden Sperrzeiten stellt die Anrechnung von Abfindungen auf das Arbeitslosengeld eine weitere brisante Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialrecht anlässlich der Lösung eines Arbeitsverhältnisses dar. Gem. § 158 Abs. 1 Satz 1 SGB III