

Berliner Kopftuchverbot für Lehrerinnen ist diskriminierend! – Urteil des Bundesarbeitsgerichts bleibt aber bis auf Weiteres ohne Folgen für Bewerberinnen

Sabine Berghahn

Gliederung

Einleitung	1
1. Ausgebildete Lehrer*innen werden in Berlin dringend gesucht, doch mit Kopftuch bleibt's beim Berufsverbot!	2
BAG: Kohärenzmangel und Selbstwidersprüchlichkeit	4
BVerfG: Kopftuchverbot nur bei konkreter Gefahr – nach individueller Grundrechtsabwägung	5
Ein Spiel auf Zeit?	5
Das rechtfertigende Auftragsgutachten ignoriert den BVerfG-Beschluss von 2015 und baut auf Stereotypisierung auf	7
Die Schwäche und Widersprüchlichkeit des Kopftuchurteils von 2003	10
Fazit: Juristisch spricht sehr vieles für die Änderung des Berliner Neutralitätsgesetzes!	12
2. Umstrittene Religionsfreiheit, starke laizistische Tendenzen in Berlin	13
Warum fällt die laizistische Auffassung in Berlin auf besonders fruchtbaren Boden?	15
Art. 4 GG und die verfassungsgerichtliche Entscheidung von 2015 zeigen den rechtsstaatlich-pluralistischen Weg auf	17
3. Aktueller Lockerungsvorstoß in der Berliner Justiz	18
Verlagerung der Debatte vom Kopftuch der Lehrerin zum Kopftuch der Richterin oder Staatsanwältin	20
4. Fazit: Keine Fairness gegenüber Musliminnen mit Kopftuch	20
5. Angaben zur Autorin	21

Einleitung

Erwartungsgemäß hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in fachgerichtlich letzter Instanz am 27. August 2020 (Az. 8 AZR 62/19) das Urteil der Vorinstanz vom 27. November 2018 (Az. 7 Sa 963/18) bestätigt.¹ Das Landesarbeitsgericht (LArbG) Berlin-Brandenburg hatte der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 5.159,88 Euro

wegen der widerfahrenen religionsbezogenen Diskriminierung im Rahmen ihrer Bewerbung für eine Stelle als Lehrerin in Berlin zugesprochen. Die Verurteilung basierte auf den §§ 2, 3 Abs. 1 und 7 in Verbindung mit § 15 Abs. 2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Diese Einschätzung teilte nun auch das Bundesarbeitsgericht in der Revisionsinstanz.

¹ Bundesarbeitsgericht (BAG) vom 27.08.2020, Az. 8 AZR 62/19, Pressemitteilung Nr. 28/20.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

Als die Tageszeitungen dies meldeten, machte in Berlin schon eine andere Nachricht Furore, die eine Lockerung des Kopftuchverbots in einem anderen Teilbereich ausdrückt: Der bündnisgrüne Berliner Justizsenator Dirk Behrendt hat in Zusammenarbeit mit dem Berliner Justizprüfungsamt und dem Kammergericht(spräsidenten) muslimische Rechtsreferendarinnen zur Ausübung hoheitlicher Funktionen im Referendariat mit Kopftuch zugelassen, allerdings ohne Robe und mit der jeweiligen zur Aufsicht bestimmten Richter*in, Staatsanwält*in oder Ausbilder*in an ihrer Seite. Während dies eine praktische landesrechtliche Konsequenz aus dem verfassungsgerichtlichen Beschluss des Zweiten Karlsruher Senats vom 14. Januar 2020² ist, der sich mit dem Kopftuch von Rechtsreferendarinnen und weitergehend mit der Kopftuchfrage in der Justiz beschäftigt hat (s.u.), sehen die Aussichten für Lehramtsbewerberinnen in Berlin weniger positiv aus. Dort wird es wohl nicht so schnell zu einer praktischen Umsetzung der für Kopftuchträgerinnen positiv ausgegangenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27. August 2020 kommen.

Daher soll im Folgenden zunächst das BAG-Urteil erläutert sowie die Frage beantwortet werden, warum sich das Land Berlin und die SPDgeführten Teile der Landesregierung der Umsetzung gerichtlicher Entscheidungen zugunsten Kopftuch tragender Bewerberinnen für das Lehramt so massiv entgegenstellen. Sie möchten das sog. Berliner Neutralitätsgesetz³ beibehalten, das im Januar 2005 verabschiedet wurde, nachdem

² BVerfG vom 14.01.2020, Az. 2 BvR 1333/17. Vgl. Pressemitteilung 13/2020 vom 27.02.2020.

³ Offiziell: Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Art. 29 der Verfassung von Berlin und zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes vom 27.01.2005. Vgl. auch Sabine Berghahn: Zeit, das Berliner Neutralitätsgesetz zu ändern (eingestellt am 23.03.2018). <https://barblog.hypothesen.org/1986>, zuletzt abgerufen 28.09.2020.

der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) landesrechtliche Verbotsgesetze zur Vermeidung religiöser Konflikte in Schulen als eine Möglichkeit zugelassen hatte und Bundesländer im Südwesten diesen Weg eingeschlagen hatten. Wie diese Verbotsgesetze widerspricht auch das sog. Berliner Neutralitätsgesetz jedoch einer späteren Entscheidung des anderen Senats des Karlsruher Verfassungsgerichts, nämlich des Ersten Senats vom 27. Januar 2015 (1.), weil mit dem Berliner Verbotsgesetz pauschal alle sichtbaren bzw. auffallenden religiös-weltanschaulichen Symbole und Kleidungsstücke verboten werden. Anschließend geht es um die Umstrittenheit der Religionsfreiheit und um laizistische Tendenzen in Berlin (2.). Sodann wird erläutert, warum die Rechtssituation für Rechtsreferendarinnen, die das Kopftuch tragen wollen, in Berlin gelockert wurde, was aber nicht bedeutet, dass die religiös konnotierte Bedeckung der Haare, der Ohren und des Nackens von Rechtsreferendarinnen in Berlin damit geklärt wäre (3.). Ein Fazit beschließt den Beitrag (4.).

1. Ausgebildete Lehrer*innen werden in Berlin dringend gesucht, doch mit Kopftuch bleibt's beim Berufsverbot!

Die Klägerin im arbeitsgerichtlichen Verfahren, das im August 2020 vom BAG in dritter und letzter Instanz entschieden wurde, hatte sich als Diplom-Informatikerin und gläubige Muslima mit Kopftuch im Rahmen eines Quereinstiegs für die Beschäftigung als Lehrerin in den Fächern Informatik und Mathematik in der Integrierten Sekundarschule, dem Gymnasium oder der Beruflichen Schule in Berlin beworben. Sie war zum Bewerbungsgespräch eingeladen worden, im Anschluss daran sprach ein Mitarbeiter der Zentralen Bewerbungsstelle sie auf die Rechtslage nach dem sog. Berliner Neutralitätsgesetz an. Demnach dürfen Lehrkräfte und andere Beschäftigte mit pädagogischem Auftrag in den öffentlichen

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

Schulen innerhalb des Dienstes „keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren, und keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägten Kleidungsstücke tragen“ (§ 2). Sie erklärte, dass sie das Kopftuch auch im Unterricht nicht ablegen würde. Ihre Bewerbung blieb erfolglos, worauf sie das Land Berlin auf Zahlung einer Entschädigung nach dem AGG in Anspruch nahm.

In erster arbeitsgerichtlicher Instanz blieb sie erfolglos, weil das Arbeitsgericht das Berliner Neutralitätsgesetz (wortgetreu) anwendete, welches es – trotz pauschalen Verbots – als verfassungsgemäß und europarechtskonform einstufte. Denn wegen der Vielfalt von Nationen und Religionen verlange es aus präventiven Gründen eine strikte Neutralität im Unterricht; der Nachweis einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität sei nicht erforderlich. Dieser Interpretation der Rechtslage widersprach die zweite Instanz am 27. November 2018 ganz energisch⁴: Das LArbG Berlin-Brandenburg verurteilte das Land Berlin zur Zahlung einer Entschädigung an die Klägerin, weil es eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG erkannte. Die Revision, die das Land Berlin eingelegt hatte und die Anschlussrevision der Klägerin, die eine höhere Entschädigung begehrte, blieben vor dem Bundesarbeitsgericht erfolglos.

Zur Begründung, die vorerst nur in Form der Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts (Nr. 28 vom 27.08.2020) vorliegt,⁵ heißt es: Der Umstand, dass ein Mitarbeiter die Bewerberin im

Anschluss an das Bewerbungsgespräch auf die Rechtslage nach dem Berliner Neutralitätsgesetz angesprochen hat und die Bewerberin bekräftigt hat, das Kopftuch im Unterricht tragen zu wollen, begründe die Vermutung, dass die Klägerin wegen ihrer Religion abgelehnt worden sei. Das Land Berlin habe dies nicht widerlegt. Die Benachteiligung sei auch nicht durch § 8 Abs. 1 AGG zu rechtfertigen, wonach eine unterschiedliche Behandlung – hier wegen der Religion – zulässig ist, „wenn dieser Grund wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt“. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 2015⁶ führe eine Regelung, die wie § 2 des Berliner Neutralitätsgesetzes das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch eine Lehrkraft verbietet, sofern das Kopftuch auf ein verpflichtendes religiöses Gebot zurückzuführen ist, ohne Weiteres zu einem unverhältnismäßigen und deshalb verfassungswidrigen Eingriff in die individuelle Religionsfreiheit des Art. 4 Grundgesetz (GG). § 2 des Berliner Neutralitätsgesetzes sei daher verfassungskonform ausulegen: Nur im Fall einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität könne ein Verbot des Tragens des islamischen Kopftuchs ausgesprochen werden. Eine solche konkrete Gefahr habe das beklagte Land jedoch nicht dargetan. Aus den Vorgaben von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, die in Form von § 8 Abs. 1 AGG in deutsches Recht umgesetzt wurde, und aus Art. 10 und Art. 24 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU) ergebe sich nichts anderes. Dem Berliner Neutralitätsgesetz erteilte das BAG eine deutliche handwerkliche Rüge: „Den Bestimmungen in §§ 2 bis 4 Berliner Neutralitätsgesetz fehlt es bereits

⁴ LArbG Berlin-Brandenburg vom 27.11.2018, Az. 7 Sa 963/18.

⁵ BAG vom 27.08.2020, Pressemitteilung Nr. 28/20 vom 27.08.2020.

⁶ BVerfG vom 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, BVerfGE 138, 296 – 376, vgl. Pressemitteilung Nr. 14/15 vom 13.03.2015.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

an der unionsrechtlich erforderlichen Kohärenz. Mit den Ausnahmeregelungen in den §§ 3 und 4 Berliner Neutralitätsgesetz stellt der Berliner Gesetzgeber sein dem § 2 Berliner Neutralitätsgesetz zugrundeliegendes Regelungskonzept selbst in Frage.“

BAG: Kohärenzmangel und Selbstwidersprüchlichkeit

Der Kohärenzmangel bzw. die Selbstwidersprüchlichkeit des sog. Berliner Neutralitätsgesetzes ist darin zu sehen, dass das EU-Recht mit Art. 4 der (beruflichen Antidiskriminierungs-)Richtlinie beim Zugang zur Beschäftigung und in der Beschäftigung die Benachteiligung u.a. wegen der Religion verbietet. Dies proklamiert auch die Präambel des Berliner Neutralitätsgesetzes; sodann aber werden mit den §§ 1 und 2 des Neutralitätsgesetzes gerade die Verbote religiöser Symbole oder Kleidungsstücke pauschal für Beamt*innen (in Justiz, Strafvollzug und Polizei) und Lehrkräfte des allgemeinbildenden öffentlichen Schulsystems verbindlich gemacht.

Zur Erläuterung: Das pauschale Verbot widerspricht dem Diskriminierungsverbot des AGG und Art. 4 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes (GG). Das hat der Erste Senat des BVerfG mit Beschluss vom 27. Januar 2015 entschieden. Zudem werden in § 3 Neutralitätsgesetz Ausnahmen vom Verbot für berufliche Schulen und Schulen des Zweiten Bildungsweges zugelassen, und in § 4 heißt es, dass auch für Beamtinnen und Beamte im Vorbereitungsdienst und andere in der Ausbildung befindliche Personen Ausnahmen von den §§ 1 und 2 des Berliner Neutralitätsgesetzes gemacht werden können. Mit anderen Worten: Das Berliner Neutralitätsgesetz stellt das Regel-Ausnahmeverhältnis der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie von 2000 und des AGG von 2006 auf den Kopf: Die Regel ist im sog. Neutralitätsgesetz ein pauschales Verbot, von dem es Ausnahmen in bestimmten Bereichen

geben kann, bislang aber nur zum Teil gibt. Im Gesetz wird weder begründet, warum die Nicht-Sichtbarkeit der Religionszugehörigkeit bei den regelhaft betroffenen Tätigkeiten eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen soll, noch warum dies bei den möglicherweise auszunehmenden Bereichen nicht der Fall sein soll. Nach der EG/EU-Richtlinie von 2000 und der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs sollen tätigkeitsbezogene Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot selten sein und müssen überzeugend begründet werden. (Die viel kritisierte Entscheidung des EuGH im belgischen Vorlagefall Achbita⁷ ist hier nicht einschlägig, schon weil es sich nicht um einen privatwirtschaftlichen Fall handelt, bei dem sich ein Unternehmer auf seine wirtschaftliche Unternehmerfreiheit berufen kann.) Zu bedenken ist außerdem grundlegend, dass das nationale deutsche Verfassungsrecht mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG eine weitreichende Freiheit für Glauben und Bekenntnis garantiert; auch Art. 33 Abs. 3 Satz 1 GG betont, dass „die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienste erworbenen Rechte [...] unabhängig von dem religiösen Bekenntnis“ sind. Es folgt der Satz 2: „Niemandem darf aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnisse oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen“.

BVerfG: Kopftuchverbot nur bei konkreter Gefahr – nach individueller Grundrechtsabwägung

Die Argumentationslinie des BAG folgt derjenigen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom

⁷ EuGH 14. 3. 2017, C-157/15, Samira Achbita und Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV. Vgl. dazu Sabine Berghahn: Warum das EuGH-Urteil zum belgischen Vorlagefall ein Fehlurteil ist.

<https://publicus.boorberg.de/standpunkt-der-gastkommentar/>

(eingestellt am 10.07.2017), zuletzt aufgerufen am 30.09.2020.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

27. Januar 2015. Diese ist also beileibe nicht neu, jedoch verbindlich gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG für die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder, also auch für das Land Berlin, sowie alle deutschen Gerichte und Behörden. 2015 hatte der Erste Senat des Karlsruher Verfassungsgerichts die Entscheidung des Zweiten Senats vom 24. September 2003 in dem entscheidenden Punkt korrigiert, dass nicht bereits eine abstrakte Gefahr für die staatliche Neutralität oder den Schulfrieden ausreichte, um eine Lehramtsbewerberin mit Kopftuch abzuweisen oder zu sanktionieren, sondern nur eine (hinreichend im Einzelfall bewiesene) konkrete Gefahr zu einem solchen schwerwiegenden Eingriff in die Religionsfreiheit der Kopftuch oder andere religiös konnotierte Symbole bzw. Kleidungsstücke tragenden Lehrkraft führen dürfe. Zudem gab es mindestens eine weitere Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg seit dem verfassungsgerichtlichen Beschluss von 2015, mit der der jeweiligen Kopftuchträgerin eine Entschädigung wegen des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des AGG zugesprochen worden war. Man mag sich also fragen, warum nicht bereits die erste arbeitsgerichtliche Instanz in Berlin zur selben Einschätzung in den Kopftuchfällen von Lehrerinnen gelangt ist, vor allem mag man sich fragen, warum das sog. Neutralitätsgesetz nicht schon längst geändert wurde.

Ein Grund liegt im AGG, welches nur Schadensersatz oder Entschädigung für die Diskriminierung gewährt, jedoch keinen Einstellungsanspruch als Folge der Benachteiligung bei der Bewerbung bereitstellt. Somit kann das diskriminierende Unternehmen oder – wie hier – die diskriminierende öffentliche Verwaltung die Verurteilungen auf sich zukommen lassen. Die staatliche Stelle, die zur Einhaltung der Gesetze verpflichtet ist und Verfassungsgerichtsentscheidungen umzusetzen hat, kann bewusst weiter diskriminieren. Sie muss lediglich Entschädigung zahlen.

Ohnehin hat das BVerfG keine Gerichtsvollzieher, die es ausschicken könnte, um politische und gesetzgeberische Konsequenzen durchzusetzen. Allerdings besteht nach der Theorie eines funktionierenden Rechtsstaates und einer lebendigen Demokratie die Möglichkeit, dass – auch im Wechselspiel von Regierung und Opposition im Parlament – genügend argumentativer und normativer Druck ausgeübt wird, um eine Landesregierung samt Parlament zur Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu bewegen. Tatsächlich funktioniert dies aber nicht immer. Die Erklärung für Berlins Widerstand in der Kopftuchfrage liegt im politischen Bereich. In der rot-rot-grünen Koalition mauert die SPD massiv. Grüne und Linke wollen das sog. Neutralitätsgesetz ändern, können sich aber nicht durchsetzen. Auch ist die öffentliche Meinung in Berlin vielfach gespalten: Die Rücksicht der SPD auf laizistische Tendenzen vor allem im Bildungssystem, auf antimuslimische Ressentiments, feministische Kopftuchgegnerinnen und gleichgesinnte zivilgesellschaftliche Organisationen hat seit 2015 eine Reform des Neutralitätsgesetzes verhindert. Können der Regierende Bürgermeister Michael Müller und die Bildungsministerin Sandra Scheeres dies auch weiterhin erreichen?

Ein Spiel auf Zeit?

Wer in einem Streit um juristische Argumente keine guten Karten hat, aber auf Zeit spielen möchte und damit rechnet, dass sich der Wind in Karlsruhe vielleicht dreht oder jedenfalls in Berlin mit der nächsten Abgeordnetenhauswahl eine solide Mehrheit der Kopftuchgegner zustande kommt, kann versuchen, sich mit Bluff, Siegesgewissheit und Vermeidung klarer Aussagen zu den Kernpunkten des Verfassungsstreits über die Runden zu retten. In der Kopftuchfrage lässt sich gut an verbreitete Vorurteile, Aversionen und Scheinargumente zur Verfassungssituation anknüpfen. Eine Möglichkeit ist auch, Konflikte zu

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

personalisieren, z.B. indem Personen ins Rennen geschickt werden, die bei Medien und Öffentlichkeit Respekt und Ansehen genießen; Sachfragen erscheinen dann weniger wichtig. In diese Richtung deuten manche seltsamen Reaktionen der (gerichtlich in höherer Instanz) unterlegenen Seite, d.h. der Bildungssenatsverwaltung und ihrer rechtsanwaltlichen Vertreterin Seyran Ateş, auf das BAG-Urteil wie auch schon auf andere Urteile des Landesarbeitsgerichts und den verfassungsgerichtlichen Beschluss von 2015.⁸ Offenbar soll die Öffentlichkeit denken, dass der gerichtliche Weg auch nach den Niederlagen des Landes Berlin weitergehe und das Berliner Kopftuchverbot für Lehrerinnen noch gute Chancen habe, sich im Endeffekt mit verfassungsrechtlicher Verbindlichkeit durchzusetzen. Im Vorfeld der BAG-Entscheidung hatte die Berliner Senatsseite erklärt, dass sie – falls es beim BAG nicht klappt – eine weitere Verfassungsbeschwerde zum BVerfG anstrebe, um eine erneute Urteilsende herbeizuführen.⁹ Dabei kann das Land realistischerweise keine Verfassungsbeschwerde einlegen, denn ein grundlegendes Prinzip spricht fundamental gegen eine Verfassungsbeschwerde des Landes Berlin: Eine staatliche Stelle besitzt keine Grundrechte, kann also keine Verfassungs-

⁸ BVerfG vom 27.01.2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, BVerfGE 138, 296 – 376, vgl. Pressemitteilung Nr. 14/15 vom 13.03.2015; schon das LArbG Berlin-Brandenburg hatte am 9.02.2017, 14 Sa 1038/16, einer in Berlin wegen Kopftuchtragens als Lehrerin abgewiesenen Bewerberin Recht gegeben und zwei Monatsgehälter Entschädigung nach dem AGG zugesprochen.

⁹ LTO (Legal Tribune Online) berichtete am 28.08.2020, dass Bildungssenatorin Scheeres auf das BAG-Urteil hin gesagt habe: „Wir werden die schriftliche Urteilsbegründung abwarten und dann prüfen, ob wir unsererseits Verfassungsbeschwerde einlegen“. Laut Autorin Annelie Kaufmann in LTO vom 4.09.2020 hat Scheeres die Verfassungsbeschwerde im Berliner Abgeordnetenhaus erneut angekündigt, obwohl die Verfassungsbeschwerde nur Grundrechtsträgern zusteht, die sich selbst gegen Akte hoheitlicher Gewalt wehren.

beschwerde zum BVerfG erheben, Grundrechte besitzen nur natürliche oder juristische Personen, u.U. auch Kommunen, nicht aber der Staat (vgl. Art. 93 GG). Er hat im Gegenteil die Grundrechte der Individuen zu achten. Nur wenn die Klägerin beim BAG verloren hätte und selbst eine Verfassungsbeschwerde zum Karlsruher Gericht erheben würde, ergäbe sich implizit auch für das Land Berlin eine neue Chance. Allerdings wäre ein Erfolg für das rigore Kopftuchverbot wenig wahrscheinlich.

In Berlin sind die neu einzustellenden Lehrkräfte Angestellte und so würde die Verfassungsbeschwerde gegen ein Kopftuchverbot wiederum zum Ersten Senat kommen, der sicherlich in absehbarer Zeit nicht gegen seinen eigenen Beschluss von 2015 entscheiden würde. Der Verweis auf eine noch zu erhebende „Anhörungsrüge“ beim BAG (§ 78a ArbGG),¹⁰ über die das BAG selbst zu entscheiden hätte, dürfte sich ebenfalls als Bluff herausstellen, denn es ist unwahrscheinlich, dass das Land Berlin in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde und diese Verletzung entscheidungserheblich war. Auch zum Europäischen Gerichtshof in Luxemburg (EuGH) ist der Weg versperrt, unterlegene Parteien können den EuGH in Fällen des Art. 267 VAEU nicht selbst anrufen, nur Gerichte können dies mit einer Vorlage tun. Das BAG hat jedoch keine Vorlage gemäß Art. 267 VAEU formuliert, um die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit EU-Recht prüfen zu lassen, wofür es gute Gründe gibt. Das dürfte aus vielerlei Gründen nicht angreifbar sein. Auf Fragen von Journalisten, wie unter den waltenden Umständen eine neue Verfassungsbeschwerde oder gar eine EuGH-Vorlage zu einer neuen, für das Land Berlin günstigeren Rechtsposition führen könnte, gab es nur ausweichende und mitnichten überzeugende Antworten. Man fragt sich unwillkürlich,

¹⁰ Robert Kiesel und Jost Müller-Neuhof: Stoff des Streits. In: Der Tagesspiegel vom 5.09.2020, S. 2.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

wie eine staatliche Stelle, die um ihre Bindung an verfassungsgerichtliche Entscheidungen weiß und zu dem normativen Problem der Abwägung von Grundrechten nur wenig Sachdienliches zu sagen hat, auch wenn sie von einer wegen anderer Verdienste hoch geschätzten Rechtsanwältin (Seyran Ateş) vertreten wird, sich so lange und so wenig kompetent der Realität gerichtlicher Entscheidungen verweigern kann.

Wie wenig juristische, verfassungsrechtliche Argumente für die SPD-Protagonisten des Berliner Senats zählen, stattdessen aber eine juristische Scheinstrategie aufgebaut wurde, zeigt schon der offenbar zentrale Schachzug der Bildungssenatorin, dass sie die bekannte Kopftuchgegnerin Seyran Ateş, die zugleich eine vielgerühmte Feministin und Gründerin einer liberalen Moschee (Ibn-Rushd-Goethe-Moschee) ist, zur rechtsanwaltlichen Vertreterin des Senats in Verfahren gegen die Klagen von Kopftuchträgerinnen gegen den Senat bzw. das Land gemacht hat. Nach jeweiligen Gerichtsentscheidungen kamen von Rechtsanwältin Ateş hauptsächlich ideologische und politische Statements gegen das Kopftuch medial zur Sprache. Eine Auseinandersetzung mit den Entscheidungen der höheren Instanzen und mit der zentralen Argumentation des BVerfG vom Januar 2015 sucht man vergebens. Als flankierender Schachzug sorgte allein das von der Bildungsministerin in Auftrag gegebene Gutachten des Gießener Rechtsprofessors Wolfgang Bock für eine scheinbare Legitimierung des Berliner Neutralitätsgesetzes.

Das rechtfertigende Auftragsgutachten ignoriert den BVerfG-Beschluss von 2015 und baut auf Stereotypisierung auf

Das Gutachten wurde im September 2019 veröffentlicht. Es bestätigte dem Berliner Neutralitätsgesetz Verfassungskonformität sowohl im Hinblick auf das Grundgesetz als auch auf das Europäische Recht. Die Argumentation ist beste-

chend einfach und pauschal: Weil ein hoher Prozentsatz der muslimischen Schüler und Schülerinnen aus sehr konservativen und gleichberechtigungsfeindlichen Elternhäusern stamme (40-60 Prozent) und vor allem die männlichen Schüler sehr häufig im Unterricht frauenfeindlich agierten,¹¹ dürften muslimische Lehrerinnen das Kopftuch nicht tragen; ihr Recht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit müsse gegenüber der sog. negativen Glaubensfreiheit von Schüler*innen zurücktreten. Die gleichberechtigungswidrigen unterdrückerischen Tendenzen, die von diesen muslimischen Schülern ausgingen und einen hohen Konformitätsdruck erzeugten, würden anderenfalls noch verstärkt. Das verletze die Grundrechte von Schüler*innen.

Bock stützt seine Folgerungen stark auf Ausführungen zur islamischen Religionskultur, deren „Elemente und Strukturen“ er anhand von fünf Themen¹² in einem Exkurs auf 25 der insgesamt 122 Seiten darlegt. Darin charakterisiert er den Islam bzw. die islamische Religionskultur anhand sehr konservativer Lehren und wortgetreuer Ableitungen aus dem Koran und anderen Schriften sowie daraus abgeleiteter Praktiken zum Geschlechterverhältnis, denn gerade diese konservativ-orthodoxen Richtungen im sunnitischen

¹¹ Wolfgang Bock: Ist die Regelung in §§ 2, 3 des Gesetzes zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin vom 27. Januar 2005 (GVBl. S. 92) – Neutralitätsgesetz – mit dem Grundrecht auf Glaubensfreiheit aus Art. 4 GG sowie mit dem Benachteiligungsverbot nach Maßgabe von §§ 7 ff AGG vereinbar? Rechtsgutachten im Auftrag der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie Berlin, Gießen, S. 121 (fortan als Bock-Gutachten zitiert).

¹² 1. Das Bedeckungsgebot, das Kopftuch und die Stellung der Frau; 2. Die Verbreitung dieser Auffassungen unter Muslimen (Scharia-Durchsetzung, die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft); 3. Der Stellenwert von kulturell-sozialem Druck in der islamischen Religionskultur; 4. Islamische Religionskultur in Schule und Klassenzimmer; 5. Das Kopftuch der Lehrerin in der Schule als Phänomen der islamischen Religionskultur.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

und schiitischen Islam sähen das Kopftuchtragen als verpflichtend an. Aleviten und andere eher liberale Strömungen im Islam bleiben außen vor. Ohnehin sind die Belege für empirische Aussagen dürftig: Als Quellen für Inhalt und Verbreitung der konservativ-orthodoxen Auffassungen zum Geschlechterverhältnis im Islam verwendet er die Online-Ausgabe der Kuwaitischen Enzyklopädie des islamischen Rechts und die Studien und repräsentativen Erhebungen des PEW Research Centers zu zahlreichen Ländern dieser Welt, in denen überwiegend Muslime leben.¹³ In Bezug auf Deutschland folgt dann ein kurzer Absatz: „Sozialwissenschaftliche Untersuchungen der Einstellungen von in Deutschland lebenden Muslimen unterschiedlicher nationaler und kultureller Herkunft haben hinsichtlich Demokratiedistanz, einer Ablehnung der westlichen, von Grundrechten geprägten demokratischen Kultur sowie von Integration Entsprechungen zur religiösen Praxis sowie zur Orientierung an religiös-islamischen orthodox-konservativen, fundamentalistischen bis islamistischen Anschauungen festgestellt“. Unabhängig von der Herkunft aus bestimmten muslimisch geprägten Staaten finde sich „regelmäßig“ ein Personenanteil zwischen 30 und 50 Prozent, „der sich selbst als streng praktizierend bezeichnet, religiöse Pflichten und Riten des Islams einhält (...) und einer freiheitlich wie westlich geprägten politischen Kultur entsprechend der zunehmend religiösen Ausrichtung sehr skeptisch bis ablehnend gegenübersteht“.¹⁴ Über den maximal hälftigen Prozentsatz geht Bock am Ende des Gutachtens noch hinaus, indem er als Ergebnis und Zusammenfassung

(unter 3.) die Behauptung aufstellt, dass „die nationalen Herkunftskulturen und die Familien von 40-60 % der in Deutschland lebenden Muslime [...] von einer islamischen Religionskultur geprägt [sind], die eine dem Mann in vieler Hinsicht untergeordnete Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft propagiert und verwirklicht. Das schränkt die Selbstbestimmung von Frauen und Mädchen stark ein.“¹⁵

Differenzierungen nach Männern und Frauen, alt und jung, nach Generationen, Bildungs- und Ausbildungsstand oder ökonomischer Stellung macht Bock nicht. Die von ihm behauptete Ähnlichkeit zwischen den Einstellungen in islamischen Ländern und Muslimen in Deutschland unterstellt, dass auch das Kopftuch der Lehrerinnen überall dieselbe ihm zugeschriebene hierarchisierende Bedeutung für die Geschlechterverhältnisse hat bzw. so gesehen wird. Das ist aber nicht der Fall. Das Kopftuch hat in Deutschland viele Bedeutungen, die ihm vor allem von den Trägerinnen gegeben wird. Im Iran z.B. wird das Tragen staatlich erzwungen und Verstöße werden u.U. streng bestraft. Kopftuchgegner in Deutschland ziehen daraus bisweilen den Schluss, dass Kopftuchtragen in Deutschland als Solidarisierung mit autokratischen Menschenrechtsverstößen zu verstehen sei. Das ist jedoch ein unzulässiger Schluss, mit dem ein diffamierender Generalverdacht ausgebreitet wird. Muslime und Musliminnen leben z.T. schon in vier Generationen in Deutschland, oft trug die Mutter oder Großmutter kein Kopftuch, die Tochter oder Enkelin trägt es durchaus. Hier geht es darum, die Vielfalt der Motive zu beachten. Man muss nicht gleich islamistisch-salafistischen Einfluss unterstellen, wahrscheinlicher sind ganz andere Motivationen. Z.B pragmatischen Schutz vor Belästigung durch das Kopftuch zu suchen; denkbar ist vielleicht ein Protest gegen die allgegen-

¹³ Zur Kuwaitischen Enzyklopädie des islamischen Rechts in der Online-Ausgabe vgl. Bock-Gutachten, S. 87 zum Pew Research Center 2013: „Forum on Religion & Public Life“ vgl. Bock-Gutachten, S. 91.

¹⁴ Bock-Gutachten, S. 92/93. Als Quelle für die Erhebungen und Ergebnisse zu Deutschland wird allein Brettfeld/Wetzels: Muslime in Deutschland, Hamburg 2007 angegeben.

¹⁵ Bock-Gutachten, S. 121.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

wärtige Sexualisierung in Arbeitswelt, Wirtschaft und Öffentlichkeit; verbreitet dürfte es sein, die Regeln der Gemeinschaft einfach respektieren und den Glauben praktizieren zu wollen. Wer akademische Ausbildungen absolviert und entsprechende Berufe ergreift, zeigt konkludent sich als Person in die deutsche Gesellschaft integrieren und nach oben arbeiten zu wollen. Eine solche Person erwartet dementsprechend aber auch, dass Menschenrechte und Rechtsstaatsprinzipien für die Angehörigen der Minderheitsreligion genauso gelten wie für die christlichen oder andere mehrheitliche Bevölkerungsgruppen. Integration sollte beiderseitig sein und darf dann nicht bedingungslose Anpassung der einst Zugewanderten bedeuten. Das Pochen auf das Grundrecht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit kann daher zeigen, dass die Newcomer den bundesdeutschen Rechtsstaat richtig verstanden haben. Mit anderen Worten: Man sollte nicht – wie Bock – die muslimischen Milieus in Deutschland vornehmlich als archaische Entwicklungsverweigerer betrachten, obwohl es davon sicherlich auch nicht wenige gibt, sondern man sollte gerade in denjenigen Musliminnen und Muslimen, die sich in pädagogische oder juristische Berufe wagen und auf die Werte und Prinzipien des Grundgesetzes vertrauen, mögliche Integrationshelfer und Brückenbauer sehen. Ihr Vorbild könnte wiederum bei den allzu orthodox-konservativen und gleichberechtigungsfeindlichen Kreisen Entwicklungen anstoßen.

Von solchen möglichen Zusammenhängen ist in Bocks Gutachten allerdings keine Rede. Auf der Basis der nur negativ und problematisch dargestellten islamischen Religionskultur in Deutschland versucht Bock seine Schlüsse für die generalisierte Ursache-Wirkungs-Ableitung, wie das Kopftuch der Lehrerin auf muslimische (und wohl auch nicht muslimische) Schüler*innen wirkt, plausibel zu machen.

So ist es vornehmlich die problematische Religionskultur, die als Hauptargument die Entscheidung des Gutachters begründet, dass die Grundrechte von muslimischen Lehrerinnen erheblich eingeschränkt werden dürften. Im Prinzip gilt das nach seiner Ansicht nicht nur für Berlin, sondern auch für andere Bundesländer, die örtlichen Gegebenheiten spielen nämlich keine entscheidende Rolle. Beiden Senaten des BVerfG wirft Bock daher vor, die „Hypothesen islamischer Rechtskultur“ bzw. die „der islamischen Religionskultur entspringenden Konflikte und Phänomene sowie deren Folgen“ nicht oder „bestenfalls im Ansatz“ wahrgenommen zu haben.¹⁶

Das pauschale Urteil über die islamische Religionskultur entwertet das gesamte Gutachten; die verfassungsrechtlichen Teile entbehren zudem eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob solch kollektivistische Betrachtungen und Bewertungen einer Religionskultur in der notwendigerweise individuell und konkret zu leistenden Abwägung von Grundrechten im Rahmen des Art. 4 GG dazu führen können, dass gläubige Personen weiterhin mit pauschal begründeten Berufsverboten für öffentliche Schulen belegt werden dürfen, ohne dass von ihnen Verstöße gegen Dienstpflichten ernsthaft zu befürchten sind. Dass es für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch nicht leicht ist oder – wie in Berlin – sein würde, wenn sie denn unterrichten dürften, mit schwierigen Kindern und Jugendlichen umgehen müssten und Verdächtigungen seitens der Schulbürokratie, den Eltern und Kolleg*innen zu befürchten hätten, muss wohl angenommen werden, dazu schreibt der Gutachter aber nichts. In einem freiheitlichen Staat und angesichts des Gebotes der Gleichbehandlung müssten sie jedoch selbst entscheiden können, was sie sich zutrauen oder zumuten. Im Übrigen trifft das pauschale Berliner Verbot, ihre eigene Religions-

¹⁶ Bock-Gutachten, S. 110.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

zugehörigkeit durch äußere Zeichen zu beken-
nen, auch gläubige Christ*innen, Juden und Jü-
dinnen und weitere Religionsangehörige; das
erscheint unverhältnismäßig. Pädagogik, Schul-
organisation und eine solide Ausbildung der ein-
zelnen Lehrkräfte sollten in der Lage sein, mit der
Gruppe der kleinen und großen Machos und
religiösen Jung-Fanatikern fertig zu werden. Es ist
gerade die staatliche Schule, die gemäß Art. 7
Abs. 1 GG den Auftrag hat, auch die im Eltern-
haus bildungsfern und antiegalitär beeinflussten
Schüler*innen im Sinne demokratischer und
menschenrechtlicher Werte zu bilden und zu er-
ziehen, d. h. bei ihnen die Gleichberechtigung in
den Köpfen zu verankern. Im Übrigen lässt sich
bezweifeln, dass die gelebte islamische Religi-
onskultur in Deutschland und Berlin so monoli-
tisch und frauenfeindlich ist, wie Bock es unter
Ausblendung möglicher weiterer, auch neuerer
Quellen, die ein vielfältigeres Bild zeichnen, ge-
schildert hat.

Wie argumentiert Bock nun in verfassungsrecht-
licher Hinsicht? Er stellt beide Entscheidungen
des BVerfG von 2003 und 2015 in Grundzügen
dar, kritisiert sie, sympathisiert aber ersichtlich
mit dem ersten Urteil von 2003, weil hier die
tendenziell laizistische Lösung eröffnet wird, die
er bei dem schwierigen Umgang mit männlichen
muslimischen Schülern für angemessen hält.
Dass die zweite Entscheidung von 2015 durch
den Ersten Senat die erste Entscheidung des
Zweiten Senats von 2003 verbindlich korrigiert
hat, bezweifelt Bock mit dem Argument, dass der
Erste Senat nicht das Plenum des BVerfG ange-
rufen hat (keine Divergenzvorlage), wie es bei
einer beabsichtigten Abweichung von tragenden
Erwägungen einer Entscheidung geschehen
müsste (vgl. § 16 BVerfGG).¹⁷ In der juristischen

¹⁷ § 16 BVerfGG (1) Will ein Senat in einer Rechtsfrage
von der in einer Entscheidung des anderen Senats
enthaltenen Rechtsauffassung abweichen, so ent-
scheidet darüber das Plenum des Bundesverfassungs-

Literatur wurde die Anrufung des Plenums der
beiden Senate größtenteils nicht für nötig be-
funden, weil die Entscheidung, dass ein religiös
konnotiertes Kleidungsverbot landesgesetzlich
explizit normiert werden müsse, als Hauptinhalt
des Urteils von 2003 und „tragende Erwägung“
angesehen wurde, während die Aussage, dass
eine abstrakte Gefahr für ein Verbot reiche, als
unverbindliches „obiter dictum“ (beiläufige Be-
merkung) eingestuft wurde.¹⁸ Bock bezweifelt
die Berechtigung für letzteres und meint, dass
der Erste Senat, der als Voraussetzung für Ver-
bote wieder eine konkrete Gefahr für Neutrali-
tät, Schulfrieden usw. verlangt, gerade deswegen
das Plenum hätte anrufen müssen. Folglich hält
Bock den Beschluss von 2015 nicht für bindend
und greift auf das erste Urteil von 2003 zurück,¹⁹
dessen Bindungskraft er nicht eingeschränkt
sieht.²⁰ Der Gutachter beruft sich also auf die
laizistische Möglichkeit, Konflikte zu verhindern,
bevor sie entstehen, und auf die erweiterte Ver-
botsmöglichkeit des ersten Kopftuchurteils von
2003, ignoriert aber auf diese Weise dessen gro-
ße Schwächen und Widersprüche, insbesondere
den Verstoß gegen das Abwägungsgebot der
kollidierenden *individuellen* Grundrechte.

Die Schwäche und Widersprüchlichkeit des Kopftuchurteils von 2003

Im Stimmenverhältnis von 5:3 hatte 2003 die
Senatsmehrheit beschlossen, dass das Grund-
recht der Klägerin Fereshta Ludin aus Art. 4 GG
verletzt worden sei (Leitsatz 1), aber ein Landes-
gesetz geschaffen werden dürfe, welches schon
allein aufgrund der abstrakten Gefahr ein Kopf-
tuchverbot verfügen dürfe (Leitsatz 2). Zur Be-
gründung des zweiten Leitsatzes wurde pauschal

gerichts. (2) Es ist beschlußfähig, wenn von jedem
Senat zwei Drittel seiner Richter anwesend sind.

¹⁸ Bock-Gutachten S. 54 m.w.N.

¹⁹ BVerfG vom 24.09.2003, 2 BvR 1436/02, Pressemit-
teilung 40/02. BVerfGE 108, 282 – 340.

²⁰ Bock-Gutachten, S. 64/65.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

auf die wachsende religiöse Pluralität in Schulen und den gesellschaftlichen Wandel verwiesen.²¹ Dass größere Pluralität ausgerechnet zu einer Einschränkung der Religions- und Bekenntnisfreiheit führen können sollte, widersprach der bis dahin geltenden Verfassungsdogmatik einer „offenen und umfassenden“ staatlichen Neutralität und Gewährleistung von Religions- und Bekenntnisfreiheit. Vor allem aber sprach die Notwendigkeit einer Abwägung der kollidierenden individuellen Grundrechte gegen diese neue Logik, wenn es zu Konflikten von Grundrechtsträgern kommt.²² Dabei war die Senatsmehrheit bei eben jener Abwägung im Fall Ludin selbst zu dem Ergebnis gekommen, dass deren Grundrecht durch die Ablehnung wegen des Kopftuchs verletzt worden sei, schon weil eine Verbotsmöglichkeit im Schulgesetz von Baden-Württemberg nicht gesetzlich verankert war. Dafür wurde die sog. Wesentlichkeitslehre angeführt, wonach wesentliche Eingriffe in Grundrechte gesetzlich normiert sein müssen. Die Senatsmehrheit lehnte somit die kurzschlüssige Begründung der Senatsminderheit ab, dass das islamische Kopftuch per se als verfassungswidriges Symbol anzusehen sei und Staatsdiener sich ohnehin nicht wie andere Bürger*innen auf die Grundrechte berufen dürften. Es müsse also ein explizites Verbotsgesetz

²¹ Leitsatz 2: „Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann für den Gesetzgeber Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein.“

²² Ausführlich vgl. Sabine Berghahn: Deutschlands konfrontativer Umgang mit dem Kopftuch der Lehrerin. In: Dieselbe und Petra Rostock (Hrsg.): Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Bielefeld 2009, S. 33-72; Sabine Berghahn: Die Kopftuchdebatte in Deutschland. In: Karim Fereidooni und Meral El (Hrsg.): Rassismuskritik und Widerstandsformen, Wiesbaden 2017, S. 193-212; Sabine Berghahn: Juristische und politisch-gesetzgeberische Diskurse zum Kopftuch. In: Bülent Uçar und Wassilis Kassis (Hg.): Antimuslimischer Rassismus und Islamfeindlichkeit. Osnabrück 2019, S. 233-257.

setz geschaffen werden, um schon bei abstrakter Gefahr Kopftuch- oder sonstige Symbol- oder Kleidungsverbote per Gesetz verbindlich machen zu können. Tatsächlich dürfte dem Gutachter Bock hier Recht zu geben sein, wenn er den Wechsel von der konkreten Gefahr zur abstrakten Gefahr als Voraussetzung für Grundrechtseingriffe ebenfalls als tragende Erwägung ansieht (s.o.). Aber anscheinend war dieser Kunstgriff eine Verlegenheitslösung der Senatsmehrheit, die sie später selbst nicht mehr als zentral und „tragend“ ansehen wollte. Ein weiterer Widerspruch ist jedenfalls aber darin zu sehen, dass die Senatsmehrheit nach Anhörung von Sachverständigen durchaus annahm, dass Musliminnen, die ein Kopftuch tragen, dafür unterschiedliche und keineswegs verfassungsfeindliche mehrheitlich Motive hätten. Dennoch gab die Senatsmehrheit zur Interpretation des Kopftuchs und als Voraussetzung für die Verhängung von Verboten konkreter Symbole oder Kleidungsstücke vor, dass hierfür der sog. objektive Empfängerhorizont maßgeblich sein solle. Dazu führte die Senatsmehrheit aus, dass alle Interpretationen („alle denkbaren Möglichkeiten“) der gesellschaftlichen Umweltpersonen, die einer Muslimin mit Kopftuch gegenüberstehen, in Betracht zu ziehen seien, unabhängig davon, welche Bedeutung die Tuchträgerin ihrer Bedeckung selbst zumisst.²³

²³ „Für die Beurteilung der Frage, ob die Absicht einer Lehrerin, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, einen Eignungsmangel begründet, kommt es darauf an, wie ein Kopftuch auf einen Betrachter wirken kann (objektiver Empfängerhorizont); deshalb sind alle denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen eines Kopftuchs verstanden werden kann, bei der Beurteilung zu berücksichtigen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beschwerdeführerin, die für ihre Entscheidung, in der Öffentlichkeit stets ein Kopftuch zu tragen, in plausibler Weise religiös motivierte Gründe angegeben hat, sich für dieses Verhalten auf den Schutz des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen kann, der in enger Beziehung zum obersten Verfassungs-

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

Die Widersprüche im Urteil von 2003 hat der Gutachter Bock offenbar absichtlich übersehen, ebenso wie die Tatsache, dass der Zweite Senat 2015 keine gravierenden Einwände hatte, als der Erste Senat eigenständig und ohne Anrufung des Großen Senats des BVerfG entscheiden wollte. Anderenfalls hätte es sicherlich Streit und Protest gegeben, was sicherlich auch an die Öffentlichkeit gedrungen wäre. Andere Fälle von Dissens zwischen den Senaten blieben jedenfalls nicht verborgen.²⁴ Hier aber wurde nichts bekannt. Denn der wesentliche Grund für das angreifbare formalkompromissartige Judikat von 2003 dürfte das offenkundige Mehrheitsfindungsproblem im Zweiten Senat gewesen sein. Der Senat war 2003 in der causa Kopftuch offensichtlich gespalten in eine liberale und eine konservative, zumindest kopftuchgegnersische Hälfte. Diese beiden richterlichen Lager drohten ein Patt hervorzubringen (4:4), so dass die Verfassungsbeschwerde von Fereshta Ludin auf formale Weise abgewiesen worden wäre (§ 15 Abs. 4 Satz 2 BVerfGG). Das wollte die liberale Hälfte wohl verhindern, weil dann das Grundrecht von Musliminnen noch weitaus stärker hätte entwertet werden können. Die drei konservativen Richter, die am Ende ein scharfes Minderheitsvotum formulierten,²⁵ stuften das Kopftuch umstandslos als verfassungswidriges Symbol ein. Hätte dies – nach einer Abweisung der Verfassungsbeschwerde wegen Stimmgleichheit – Schule gemacht, wäre es vermutlich zu weit größeren Verwerfungen in der Verfassungsdogmatik zur Religionsfreiheit gekommen. Mit dem drohenden

wert der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) steht (vgl. BVerfGE 52, 223 <247>).“ BVerfG vom 24.09.2003, BVerfGE 108, 282 – 340, Rn. 53.

²⁴ Vgl. Streit zwischen den Senaten um das „Kind als Schaden“ anlässlich der damals bevorstehenden Entscheidung des Ersten Senats vom 12.11.1997, 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94.

²⁵ Minderheitsvotum der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff im Anschluss an Mehrheitsvotum in BVerfG vom 24.09.2003, BVerfGE 108, 282 – 340.

Szenario der Abweisung wegen eines Stimmenpatts wurde ein Richter der dem Kopftuch skeptisch gegenüberstehenden Seite offenbar zu dem schließlich gefundenen Formelkompromiss mit der liberalen Hälfte des Senats motiviert, die aber auch erhebliche Zugeständnisse bei den Formulierungen machen musste.

Fazit: Juristisch spricht sehr vieles für die Änderung des Berliner Neutralitätsgesetzes!

Zurück zum Land Berlin und seinem Neutralitätsgesetz: Die grundlegende Korrektur, die der Erste Senat 2015 gegenüber dem Urteil des Zweiten Senats vorgenommen hat, gilt in erster Linie für die (öffentlichen) Schulen, weil es bei beiden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen um Lehrerinnen mit Kopftuch und öffentliche Schulen ging. Gleichwohl hatten manche Bundesländer im Anschluss an das Urteil von 2003 in den Jahren 2004-2006 zum Teil auch Konsequenzen für andere Bereiche des öffentlichen Dienstes gezogen. Das gilt insbesondere für Berlin und Hessen. In Berlin wurde neben Lehrkräften in allgemeinbildenden öffentlichen Schulen auch Beamten (z.T. auch Angestellten) das Tragen von sichtbaren religiös-weltanschaulichen Symbolen oder auffallenden Kleidungsstücken in den Bereichen Rechtspflege (= Justiz), Strafvollzug und Polizei verboten (§§ 1-2); in Hessen fielen bzw. fallen Lehrkräfte in öffentlichen Schulen und alle Beamten und Richter*innen einschließlich der Rechtsreferendar*innen unter das Verbot; in Bezug auf Lehrkräfte hat es jedoch per Erlass eine Anpassung an die verfassungskonforme Auslegung des Ersten Senats von 2015 gegeben. In Baden-Württemberg und Berlin waren ursprünglich zudem Erzieherinnen in Kindertagesstätten von jeweiligen Verbotsgesetzen erfasst.²⁶ Auch für diesen

²⁶ In § 7 Abs. 5 des Kindertagesbetreuungsgesetzes in der Fassung vom 27.01.2005 (Neutralitätsgesetz = Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin und zur Änderung des Kinder-

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

Bereich der Kita-Erzieherinnen existiert eine korrigierende verfassungsgerichtliche Entscheidung des Ersten Senats in Bezug auf Baden-Württemberg, die ebenfalls allgemeine Geltung beansprucht.²⁷ In Berlin wurde das (eingeschränkte) Kopftuchverbot für Erzieherinnen 2018 in das Kitaförderungsgesetz (früher Kindertagesstättenbetreuungsgesetz) übernommen (§ 10 Abs. 2).

Spätestens nach der Entscheidung des BAG vom August 2020 müsste die Berliner Senatsseite, insbesondere in Gestalt führender SPD-Vertreter, nun eigentlich einsehen, dass sie gegen die herrschende Verfassungsdogmatik der Abwägung kein überzeugendes Argument hat. Der Art. 4 GG ist nach ganz einmütiger verfassungsrechtlicher Ansicht ein individuelles Grundrecht, das keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt, sondern lediglich immanente Schranken hat. D.h. die Religionsfreiheit ist zwar nicht grenzenlos, aber doch recht weitläufig garantiert. Das Grundrecht kann nur durch kollidierende Grundrechte anderer Grundrechtsträger*innen eingeschränkt werden; es muss stets eine Abwägung im Einzelfall stattfinden. Die pauschale Unterordnung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit verbietet sich daher, wenn es lediglich um das Kopftuch geht, das für sich genommen keine zwangsläufig problematische Bedeutung hat. Es kommt auf die Interpretation und Selbstaussage der Person an.

tagesbetreuungsgesetzes) wurde für das Personal von Kitas in öffentlicher Trägerschaft eine weltanschaulich-religiöse Neutralitätspflicht verankert und eine Art Vermittlungsverfahren in § 7 Abs. 6 verbindlich gemacht, wenn Erziehungsberechtigte Anstoß an einem religiös geprägten Kleidungsstück einer Erzieherin nehmen. Letztlich war dem Wunsch der Eltern zu entsprechen, u.U. durch organisatorische Veränderungen. Jetzt befindet sich die Regelung in § 10 Abs. 2 KitaFöG.

²⁷ 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 18.10.2016, 1 BvR 354/11, zu Erzieherinnen in BW, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/rk20161018_1bvr035411.html, zuletzt abgerufen 28.09.2020.

Der religiöse Charakter ergibt sich aus Koransuren bzw. -Versen, die vor allem historisch und sozial als Regeln für ein konfliktarmes Geschlechterverhältnis zu Mohammeds Zeiten zu verstehen sind. Das steht nach bundesdeutscher Verfassungsdogmatik einer Zuordnung zum Bereich des religiösen Glaubens nicht im Wege. Das Kopftuch kann auch als politisches Symbol benutzt werden, das müsste aber im Einzelfall nachgewiesen und kann nicht generell unterstellt werden. Als Voraussetzung für ein Verbot religiös konnotierter Symbole oder Kleidungsstücke müssten sich die Grundrechte der jeweils anderen Person(en) durchsetzen. D.h. sie müssten schwerer wiegen; nur dann könnte die Religionsfreiheit einer Grundrechtsträger*in wie etwa der Klägerin eingeschränkt werden. Bei der Einschränkung von Grundrechten ist außerdem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und das Ziel zu verfolgen, möglichst viel von der Substanz der sich gegenüberstehenden Grundrechte zu verwirklichen (praktische Grundrechtskonkordanz).

2. Umstrittene Religionsfreiheit, starke laizistische Tendenzen in Berlin

Weil Religion, Glauben und Bekenntnis jedoch je nach weltanschaulichem Standpunkt in Politik und Gesellschaft sehr unterschiedlich beurteilt und bewertet werden, wird auch der starke Schutz durch Art. 4 GG nicht in allen politischen Lagern gleichermaßen geschätzt. Faktisch spielt es für manches Lager eine Rolle, wem, d.h. welchen Religionsangehörigen, die Schutzwirkung konkret zugutekommen soll, auch wenn nach einmütiger Auffassung von Verfassungsrechtler*innen hier der Grundsatz der Gleichbehandlung der Religionen gilt. Hinzu kommt auch der Grundsatz, dass die Neutralität des Staates gebietet Religionen nicht zu bewerten. In Politik und Gesellschaft findet jedoch durchaus Bewertung statt, vor allem die Hierarchisierung des

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

„Eigenen“ vor dem „Fremden“. Der seit mehr als 20 Jahren andauernde politische und gesellschaftliche Streit um das sog. islamische Kopftuch erweist sich insoweit als Spiegel von faktischer Ungleichbehandlung der Religionen und als Projektionsfläche von antipluralistischen Ressentiments – um es vorsichtig auszudrücken. Dabei gilt der Art. 4 GG samt der vom BVerfG in 70 Jahren ausgeprägten Verfassungsdogmatik schon wegen der Verfolgung der Menschen jüdischen Glaubens bzw. entsprechender Herkunft als Lehre aus dem Nationalsozialismus; daher wagen sich heute nur wenige politische Stimmen hervor,²⁸ um eine grundlegende Einschränkung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Art. 4 GG zu fordern. Auch würde der Burgfrieden in und unter den jeweiligen Bundesländern zwischen Katholiken, Protestanten und nicht-religiösen Bevölkerungsteilen bzw. Kirchen gefährdet. Mit einer Änderung des Art. 4 GG ist also derzeit nicht zu rechnen.

Allerdings hat auch der Laizismus zunehmend Anhänger*innen in Deutschland. Gerade in Berlin gibt es sowohl in der Bevölkerung und den Parteien, insbesondere der SPD, die seit 2016 eine Koalition mit Grünen und Linken anführt, eine starke laizistische Tendenz, wonach Glauben und religiös-weltanschauliches Bekenntnis stärker als bisher auf die Privatheit beschränkt werden sollten. Vorbild für viele Anhänger*innen dieser Auffassung ist Frankreich, wo eben diese laizistische Staatsideologie tragender Bestandteil des französischen Republikanismus ist. Dieser geht davon aus, dass die Bürger*innen sich als Freie

²⁸ Eine Stimme war z.B. Winfried Bausback, ehemaliger bayerischer Justizminister, in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ) vom 29.11.2016: Burka-Verbot. Die Religionsfreiheit neu denken (leider nicht mehr verfügbar im Netz). Er nahm Kopftuch tragende Rechtsreferendarinnen und Lehrerinnen, deren Bedeckung er als missbräuchlich empfand, zum Anlass die Einschränkung des Art. 4 GG auf kultische religiöse Akte zu fordern.

und Gleiche in der Demokratie nur voll entfalten können, wenn sie und die gesamten Auseinandersetzungen in der Öffentlichkeit nicht von privaten, partikularistischen Bindungen gekennzeichnet sind, weil diese die freie demokratische Partizipation verzerrten und universalistischen Festlegungen entgegenstünden. In Frankreich wäre schon eine Partei mit dem „C“ im Namen undenkbar, und Lehrerinnen mit Kopftuch sind nicht zugelassen. Auch Schülerinnen in öffentlichen Schulen wurde das Tragen religiös konnotierter Kleidungsstücke 2004 per Gesetz explizit untersagt.²⁹ Der Grundsatz: Konflikte um Religion sollen verhindert werden, bevor sie entstehen. Genau an diese Überlegungen knüpfen viele Kopftuchgegner*innen auch in Deutschland und besonders in Berlin an und fordern eine strikte und äußerliche Neutralität von Staatsdiener*innen, die im Gegensatz zu dem offenen und alle Religionen umfassenden Verständnis von staatlicher Neutralität des BVerfG steht.³⁰

²⁹ Vgl. Yves Sintomer: Kopftuch und „foulard“: ein vergleichender Blick aus Frankreich auf die deutsche Debatte. In: Sabine Berghahn und Petra Rostock (Hrsg.): Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Bielefeld 2009, S. 131-148.

³⁰ „Die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität ist indessen nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gebietet auch im positiven Sinn, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern [...]. Der Staat darf lediglich keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben oder sich durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich aus gefährden [...]“ (BVerfG v. 27.01.2015, Rn. 110).

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

Nach der tendenziell laizistischen Auffassung sollten Beamt*innen bzw. Beschäftigte im öffentlichen Dienst nicht mehr ihr Bekenntnis im Rahmen jeweiliger Berufsausübung offenbaren dürfen, was nach traditioneller bundesdeutscher verfassungsgerichtlicher Auffassung, die prinzipiell von beiden Senaten des Verfassungsgerichts getragen wird, bislang zulässig war und ist, sofern die staatliche Neutralität beachtet wird, Bürgerinnen und Bürger gleichbehandelt werden und das eigene Bekenntnis gemäßigt zum Ausdruck gebracht wird.

Warum fällt die laizistische Auffassung in Berlin auf besonders fruchtbaren Boden?

Berlin ist religionssoziologisch ein besonderes Pflaster. Streng säkulare und laizistische Einstellungen, besonders unter politisch linksorientierten Bürger*innen und speziell auch in der Lehrerschaft, sind häufig anzutreffen, u.a. weil sich – mehr als in anderen (alten) Bundesländern deutlich mehr Menschen als nicht-religiös bezeichnen: Nur noch ein Viertel der Berliner gehört einer der christlichen Kirchen an; 6,2 Prozent sind Muslime und Musliminnen, aber 63 Prozent ordnen sich keiner Religion zu, während dies im Bundesdurchschnitt nur für circa ein Drittel zutrifft.³¹ All dies gilt nicht nur, weil durch die Vereinigung der Stadthälften viele Menschen dazugekommen sind, die durch die DDR-Kirchenpolitik und Lebenswelt Ostdeutschlands entsprechend religionsfern geprägt sind, sondern auch weil schon in das alte West-Berlin viele Menschen – häufig in jungen Jahren zum Studium oder zur Verwirklichung alternativer Lebensentwürfe – aus den südlichen und westlichen Bundesländern zugezogen sind, die u.a. die konservativen und konventionellen Einstellungen zur

³¹ Selina Bettendorf: Alles eine Frage des Glaubens. In: Der Tagesspiegel vom 21.09.2019. In Ostdeutschland dürften allerdings ähnlich niedrige oder noch geringere Werte als in Berlin erzielt werden.

(christlichen) Religion ihrer Herkunftsmilieus abschütteln wollten. Vielfach existiert in diesen Kreisen eine Begeisterung für das französische Modell der Laizität, das als Patentrezept zur Vermeidung von Konflikten angesehen wird.

Hinzu kamen und kommen feministische und frauenpolitisch engagierte Parteien für unterdrückte Migrantinnen und für den allgemeinen Ruf nach einem selbstbestimmten Leben von Frauen. Nach Ansicht vieler Feministinnen widerspricht ein aus religiösen Gründen getragenes islamisches Kopftuch dem Ideal der Selbstbestimmung, zumal wenn Tradition und familiärer Hintergrund die Bedeckung fordern. Bezweifelt wird dann häufig die Freiwilligkeit, auch bei erwachsenen und sogar akademisch ausgebildeten Trägerinnen. Aber es gibt etwa ebensoviele Feministinnen, die das Recht, Kopftuch zu tragen, als Ausdruck von Selbstbestimmung und Glaubensfreiheit verteidigen, selbst wenn sie selbst nicht religiös sind. Auf diese Weise besteht – nicht nur in Berlin – gerade unter Feministinnen Uneinigkeit, und auch Frauenorganisationen sind tief gespalten in Bezug auf die Kopftuchfrage.³² Ähnliches kann für die Lehrer*innenschaft bzw. ihre gewerkschaftlichen Organisationen gelten. Aber gerade bei Lehrerinnen, Juristinnen und anderen qualifizierten bzw. akademisch ausgebildeten Musliminnen unterscheiden sich auch die Motive, ein Kopftuch zu tragen; das hatte schon das BVerfG im ersten Kopftuchurteil von 2003 angesichts von Sachverständigenanhörungen bzw. -gutachten erkannt.³³

³² Andrea Dernbach: Das Kopftuch-Dilemma. In: Der Tagesspiegel vom 4. 7. 2017; <https://www.tagesspiegel.de/themen/agenda/feminismus-das-kopftuch-dilemma/20013360.html>, zuletzt aufgerufen am 12.12.2019.

³³ BVerfG v. 24.09.2003, Rn 52: „[...] die Forschungsergebnisse zeigen jedoch, dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf. Vielmehr kann das Kopftuch für

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

Für die Trägerinnen des Tuchs können in Deutschland neben religiösen Motiven, je qualifizierter ihre schulische und berufliche Ausbildung ist, auch feministische und explizit auf weibliche Selbstbestimmung bezogene Gründe leitend sein,³⁴ aber ebenso spielt die Identifikation mit der eigenen Herkunftsgruppe, mit deren Diskriminierungserfahrungen und auch mit dem stigmatisierten Islam eine Rolle. Jedenfalls kann angenommen werden, dass die qualifizierten und aufstiegsorientierten jungen Frauen, die in akademische Berufstätigkeit streben oder dort bereits arbeiten, das Tuch freiwillig tragen. Zudem stimmen sie ganz überwiegend den Werten und Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats zu, was schon eine Studie der Konrad-Adenauer-Stiftung von 2006 allgemeiner für Kopftuchträgerinnen der jüngeren Generationen feststellte.³⁵

Praktisch politisch haben sich der Regierende Bürgermeister Michael Müller und Teile der SPD in Berlin schon 2015 an den kopftuchgegnerischen Standpunkt gebunden, als bei einer SPD-Mitgliederbefragung zum damaligen Wahlprogramm für den Herbst 2016 eine Mehrheit von 81 Prozent für die Beibehaltung des „Neutrali-

junge muslimische Frauen auch ein frei gewähltes Mittel sein, um ohne Bruch mit der Herkunftskultur ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Auf diesem Hintergrund ist nicht belegt, dass die Beschwerdeführerin allein dadurch, dass sie ein Kopftuch trägt, etwa muslimischen Schülerinnen die Entwicklung eines den Wertvorstellungen des Grundgesetzes entsprechenden Frauenbildes oder dessen Umsetzung im eigenen Leben erschweren würde.“

³⁴ Zu den Erfahrungen von (erkennbaren) Muslim*innen im Studium vgl. Linda Supik: „99999999 Blicke jeden Tag, manchmal als Blick: Studiert die hier?“ – Erfahrungsberichte von muslimischen Studierenden an Hochschulen in Deutschland. In: Bülent Uçar und Wassilis Kassis (Hg.): Antimuslimischer Rassismus und Islamfeindlichkeit. Osnabrück 2019, S. 259-276.

³⁵ Frank Jessen und Ulrich von Wilamowitz-Moellendorff: Das Kopftuch - Entschleierung eines Symbols. Studie der Konrad-Adenauer-Stiftung Nr. 77, Sankt Augustin/Berlin 2006.

tätsgesetzes“ votiert hatte.³⁶ Damals trachtete Müller offenbar danach – Koalitionspartner waren zu diesem Zeitpunkt SPD und CDU – sich und den Senat auf das Neutralitätsgesetz dauerhaft festzulegen, vermutlich um einer einflussreichen säkular-laizistischen Stimmung in Berlin zu folgen. So entspricht es einer geradezu trotzigem, z.T. auch populistischen Haltung, dass nach dem verfassungsgerichtlichen Beschluss vom 27. Januar 2015 keine Verhaltensänderung eingetreten ist.

Interessant ist bereits die Vorgeschichte, wie und warum das sog. Neutralitätsgesetz in Berlin am 27. Januar 2005 zustande kam: In den südwestlichen und westlichen Bundesländern (Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, dem Saarland und Nordrhein-Westfalen) entwickelten sich antimuslimische Gesetzesinitiativen unmittelbar nach dem ersten Kopftuchurteil des BVerfG vom 24. September 2003, die sogar eine Ungleichbehandlung der Religionen in Kauf nahmen, indem Symbole und Kleidungsstücke wie der Nonnenhabit, das christliche Kreuz als Kettenanhänger oder die jüdische Kippa vom Verbot in jeweiligen Schulgesetzen ausgenommen werden sollten, obwohl der urteilende Zweite Senat 2003 die Gleichbehandlung aller Religionen ausdrücklich angeordnet hatte.³⁷ Weitere acht Bundesländer verzichteten auf Verbotsgesetze und folgten der ebenfalls vom BVerfG anheimgestellten Möglichkeit, die Rechtslage für Lehrer*innen so zu belas-

³⁶ Der Tagesspiegel v. 9.11.2015: SPD: Für Kopftuchverbot, gegen Cannabis-Verkauf und Sonntagsspätis. <https://www.tagesspiegel.de/berlin/ergebnisse-der-mitgliederbefragung-in-berlin-spd-fuer-kopftuchverbot-gegen-cannabis-verkauf-und-sonntagsspaetis/12561692.html>, zuletzt abgerufen 28.09.2020.

³⁷ Entsprechend entschied das BVerwG am 16.12.2008, 2 B 46/08, dass die Ausnahmeklauseln zu „abendländischen Traditionen“ nicht das Outfit von Lehrkräften meinten, vielmehr seien alle religiösen Symbole oder Kleidungsstücke aller Religionen von den Verbotsgesetzen erfasst.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online 
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------

sen, wie sie ohne spezifische Symbol- und Kleidungsverbote war und ist.³⁸ (Ohne spezielle Regelung war weiterhin eine konkrete Gefahr, die von der Lehrkraft ausgeht, erforderlich, um ein Kopftuchverbot zu erlassen.) Dagegen regelten Berlin, Bremen und formal auch Niedersachsen jeweilige Verbote ohne solche Ausnahmeklauseln. Berlin wies stets mit besonderem Stolz auf die Gleichbehandlung aller Religionen, d.h. das Fehlen von religionsbezogenen Ausnahmeklauseln im Neutralitätsgesetz hin und versuchte bis heute allein damit schon die Verfassungskonformität seines Neutralitätsgesetzes zu begründen.

Fast 12 Jahre lang sahen sich fast überall faktisch nur Musliminnen mit Kopftuch Repressionen bzw. einem Berufsverbot ausgesetzt, wobei dies in den acht Bundesländern mit expliziten Verboten formal mit der jeweiligen Gesetzesgrundlage und häufig mit Gerichtsurteilen durchgesetzt wurde, anderenorts aber oft auch auf informelle Weise. Sogar in den von Verbotsgesetzen ausgenommenen Verwaltungsbereichen und in der Privatwirtschaft machten Kopftuchverbote die Runde. Gerichte geboten dem zwar vereinzelt Einhaltung, jedoch war und ist es häufig gar nicht möglich, den Grund für eine Ablehnung im Bewerbungsverfahren zu erfahren, geschweige denn zu beweisen, so dass nur wenige Fälle vor Gericht kamen.

Art. 4 GG und die verfassungsgerichtliche Entscheidung von 2015 zeigen den rechtsstaatlich-pluralistischen Weg auf

Für den Schuldienst erreichten eine Lehrerin mit Kopftuch und eine Schulsozialarbeiterin mit einer Art Ersatzbedeckung in Form einer wollenen Baskenmütze in Nordrhein-Westfalen nach Misserfolgen in den Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit mit ihren Verfassungsbeschwerden schließlich die Wende. Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG von 2003 wurde 2015 vom Ersten Senat korrigiert. Fortan sollte nur noch eine nachgewiesene konkrete Gefahr für die staatlichen Neutralität oder den Schulfrieden ein Kopftuchverbot bzw. eine Sanktion gegenüber einer Lehrerin rechtfertigen können. Die jeweiligen Schulgesetze von Bundesländern sollten bundesweit auf diese Weise verfassungskonform ausgelegt werden. Im Fall massenhafter Konflikte um Religion an einer Schule oder in einem Schulbezirk sollte zwar ein (zeitweises) Kopftuch- bzw. Symbolverbot verhängt werden können, auch wenn einzelne Lehrkräfte kein Fehlverhalten gezeigt hätten. Dies müsse aber die Ausnahme sein, die durch Verordnung oder Erlass näher geregelt werden könne. Die nordrhein-westfälische Ausnahmeklausel im Schulgesetz zugunsten christlicher oder jüdischer Symbole oder Kleidungsstücke erklärte der Erste Senat des BVerfG kurzerhand für nichtig.

In der Berliner SPD und in Teilen des Senats dürfte allein dieser Teil der Entscheidung vermutlich als Bestätigung der eigenen Position ausgefasst worden sein, weil damit die Gleichbehandlung der Religionen betonte wurde. Den Hauptteil des Tenors, die Unvereinbarkeit des Verbots auf der Grundlage einer abstrakten von den Behörden bzw. dem Ministerium diagnostizierten Gefahr, wollte man in Berlin dagegen nicht zur Kenntnis nehmen. Der Regierende Bürgermeister Michael Müller und seine Schulsenatorin Sandra Scheeres

³⁸ Christian Henkes und Sascha Kneip: Die Plenardebatten um das Kopftuch in den deutschen Landesparlamenten. In: Sabine Berghahn und Petra Rostock (Hrsg.): Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Bielefeld 2009, S. 249-274.

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

setzten die eigene Linie weiter fort, auch wenn die beiden Koalitionspartner, vor allem die Grünen mit ihrem Justizsenator (Dirk Behrendt), auf eine Änderung des Neutralitätsgesetzes drängten.

3. Aktueller Lockerungsvorstoß in der Berliner Justiz

Am 14. Januar 2020 entschied der Zweite Senat des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde einer Rechtsreferendarin in Hessen,³⁹ die sich dagegen gewandt hatte, dass sie von hoheitlichen Auftritten in der juristischen Ausbildung (z.B. am Richtertisch, als Vertreterin der Staatsanwaltschaft oder bei einer verwaltungsrechtlichen Sitzungsleitung) ausgeschlossen war, weil sie das Kopftuch nicht ablegen wollte. Sie hatte stattdessen im Zuhörerraum Platz nehmen müssen, was auch in anderen Bundesländern so gehandhabt wird.

Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerde zurück, weil es zwar einen Eingriff in die individuelle Glaubensfreiheit der Referendarin sah, jedoch als Rechtfertigungsgründe dafür die staatliche Pflicht zur Neutralität, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und den Schutz der sog. negativen Religionsfreiheit Dritter dagegen

³⁹ BVerfG vom 14.01.2020, 2 BvR 1333/17, vgl. Pressemitteilung 13/20 vom 27.02.2020. Vgl. auch Sabine Berghahn: Kopftuchverbot für Referendarinnen laut BVerfG verfassungsgemäß. <https://www.dasgleichstellungswissen.de/kopftuchverbot-f%C3%BCr-rechtsreferendarinnen-laut-bverfg-verfassungsgem%C3%A4%C3%9F.html?src=3>, zuletzt aufgerufen 28.09.2020. Vorangegangen war die abweisende Eilentscheidung: BVerfG vom 27.06.2017, 1. Kammer des 2. Senats, Az. 2 BvR 1333/17, vgl. Pressemitteilung Nr. 55/2017 vom 4. 7. 2017. Das Kopftuchverbot beruht auf dem Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz vom 28. 6. 2007 in Verbindung mit § 27 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über die juristische Ausbildung (JAG) in Verbindung mit § 45 Hessisches Beamten-gesetz (HBG).

abwog. Im Unterschied zu den öffentlichen Schulen habe der Staat in der Justiz einen größeren Einfluss auf das äußere „Gepräge“ genommen, sprich die Robe zum Inbegriff der Gleichheit, Gleichförmigkeit und Neutralität der justiziellen Staatsdiener*innen gemacht. Letztlich konnte das Gericht aber kein Überwiegen einer Rechtsposition der kollidierenden Grundrechtssphären feststellen. Daher räumte es der Entscheidung der hessischen Gesetzgebung im Rahmen der Gewaltenteilung Priorität ein und entschied, dass verfassungsrechtlich keinen Zwang bestehe, das Tragen religiöser oder weltanschaulicher Symbole oder Kleidungsstücke im Gerichtssaal für Rechtsreferendar*innen zu *erlauben oder zu verbieten*. Immerhin stellte der Senat fest, dass das „Verwenden eines religiösen Symbols im richterlichen Dienst [...] für sich genommen nicht geeignet [ist], Zweifel an der Objektivität der betreffenden Richter zu begründen“ (Leitsatz 6). Gleichwohl heißt es in Leitsatz 8, der weder ein Verbot noch eine Erlaubnis für religiöse Symbole präferiert: „Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Pflicht, sich im Rechtsreferendariat in weltanschaulich-religiöser Hinsicht neutral zu verhalten, ist daher aus verfassungsrechtlicher Sicht zu respektieren.“ Betrachtet man „Neutralität“ und „Objektivität“ in diesem justiziellen Kontext als synonym und sieht man Kopftuchtragen als Inbegriff des „Verhaltens“ an, lässt sich vermuten, dass der Zweite Senat eine in der Justiz tätige Person mit Kopftuch weiterhin implizit verdächtigt, sich nicht neutral zu verhalten.

Vom Ergebnis her ist diese Entscheidung eine fragwürdige Nicht-Entscheidung, da sie verbietende und erlaubende Landesgesetze für die Justiz scheinbar gleichermaßen rechtfertigt und der Politik und Gesetzgebung alle Wege offenhält. Das ist nicht der Sinn einer Entscheidung über eine Verfassungsbeschwerde! Realpolitisch wird so die Verbotstendenz unterstützt, ohne dass weiterer Rechtsschutz realistischerweise möglich

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

ist. Denn da sich der Kopftuchstreit mittlerweile zum größten Teil auf die Sphäre der Justiz verlagert hat, wurden solche Verbote religiöser, weltanschaulicher oder politischer Symbole oder Kleidungsstücke in letzter Zeit in etlichen Bundesländern mit Geltung für die gesamte Richter- und Staatsanwaltschaft, für Rechtsreferendar*innen sowie z.T. auch für Laienrichter*innen in den vorhandenen Gesetzen verankert.⁴⁰ All das hat der Beschluss des Zweiten Senats vom Januar 2020 nun abgesehen, dabei hat die Senatsmehrheit zwar anlassgemäß nur über Rechtsreferendar*innen entschieden, jedoch auch und hauptsächlich zu Richter*innen und Staatsanwält*innen argumentiert. Für Berlin bedeutet der BVerfG-Beschluss auf den ersten Blick insofern eine Bestätigung des sog. Neutralitätsgesetzes im Hinblick auf den Teilgeltungsbereich „Rechtspflege“ (vgl. § 1 Neutralitätsgesetz), indes erweist sich das von Richter Ulrich Maidowski formulierte Minderheitsvotum als Ansatzpunkt für eine Liberalisierung.

Maidowskis abweichende Meinung hebt nämlich den Unterschied zwischen dem zeitlich eng befristeten und nur zu Ausbildungszwecken dienenden Referendardienst und dem gefestigten Status einer Richter*in oder Staatsanwält*in hervor. Er plädierte daher in seinem Sondervotum auf pragmatische Weise dafür, Rechtsreferendar*innen ohne Robe und/oder in Gegenwart ihrer ausbildenden Richter oder Staatsanwälte auftreten zu lassen oder für das anwe-

⁴⁰ Vgl. Kirsten Wiese: Scheinbare Neutralität im Gericht – Zur aktuellen Rechtslage in Deutschland hinsichtlich des Tragens von Kopftüchern und Gesichtsschleiern insbesondere im Gerichtssaal. In: <https://www.dasgleichstellungswissen.de/scheinbare-neutralitaet-im-gericht-zur-aktuellen-rechtslage-in-deutschland-hinsichtlich-des-tragens-von-kopftuechern-und-gesichtsschleiern-insbesondere-im-gerichtssaal.html?src=3>, zuletzt abgerufen 28.09.2020.

sende Publikum und die Prozessbeteiligten verbal klarzustellen, dass Rechtsreferendar*innen lediglich in der Ausbildung befindliche Personen und damit keine „echten“ Richter*innen oder Staatsanwält*innen sind. Die Statuspassage des Referendariats ist vielmehr nur eine notwendige Voraussetzung für die Ablegung des zweiten juristischen Staatsexamens. Die wenigsten (erfolgreichen) Absolvent*innen des zweiten Staatsexamens werden in die Justiz übernommen, die meisten arbeiten in der Rechtsanwaltschaft oder in der Wirtschaft. Den von Maidowski aufgezeigten Weg der pragmatischen Liberalisierung hat nun die Berliner Justiz eingeschlagen, indem sie Musliminnen mit Kopftuch genau diese Möglichkeit eröffnet, ohne Robe an der Seite der Ausbildungspersonen sich in hoheitlichen Tätigkeiten auszuprobieren. Indes findet sich in § 3 des Neutralitätsgesetzes ohnehin eine (bisher nicht genutzte) Ausnahmemöglichkeit für Ausbildungsgänge.

Jedoch laufen viele Vertreter*innen von Justiz und Politik bereits Sturm gegen diese Lösung, wird doch hier aus dem Geltungsbereich des Neutralitätsgesetzes ein kleines Mosaiksteinchen herausgebrochen. Der Haupttrichter- und Staatsanwaltschaftsrat (HRSR) von Berlin hält die neue Regelung seinerseits für verfassungswidrig.⁴¹ Oberstaatsanwalt Jörg Raupach wird im „Tagesspiegel“ damit zitiert, dass bei hoheitlichen Akten mit Außenwirkung nach wie vor Kopftücher oder andere religiöse Kleidungsstücke oder Symbole unzulässig seien.⁴² Entsprechend erfolge keine Sitzungseinteilung für solche Rechtsreferendar*innen. Andere Referendare würden weiter zum Sitzungsdienst eingeteilt und dürften selbständig in Gerichtsverhandlungen ohne Aus-

⁴¹ Der Tagesspiegel vom 29.09.2020, S. 9 (Bericht von Fatima Keilani).

⁴² Der Tagesspiegel vom 29.09.2020, S. 9 (Bericht von Fatima Keilani).

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online	
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

bilder auftreten.⁴³ Referendarinnen mit Kopftuch seien insofern Auszubildende zweiter Klasse. Politisch wird dem grünen Justizsenator vorgeworfen, unzulässig gegen den Koalitionspartner SPD aufbegehrt zu haben. Indes hat er nicht allein die veränderte Praxis herbeigeführt, vielmehr geht sie zurück auf seine gemeinsame Entscheidung zusammen mit dem Justizprüfungsamt und dem Kammergericht.⁴⁴ Die protestierenden Staatsanwälte betonen jedoch, dass sie sich vom Kammergerichtspräsidenten nichts anweisen lassen müssten, obwohl dieser zuständig ist für die Ausbildung der Referendar*innen. Anweisen könne im formalen Sinne nur der Senator, der bislang die Maßnahme offenbar nur politisch verantwortet.⁴⁵ Die Maßnahme lässt sich in politischer Sicht als Retourkutsche und Notwehrakt betrachten, denn ausgerechnet der Justizsenator musste sich jahrelang dem Diktat des Regierenden Bürgermeisters und des Koalitionspartners SPD beugen, obwohl er nur die Anpassung an die Verfassungsrechtsprechung von 2015 eingefordert hat. Der interne Widerstand von Justizangehörigen kann nun allerdings wiederum zu einer Ausweitung des Streits und zu einer Aushebelung der Lockerung führen, so dass die Rechtsreferendarinnen mit Kopftuch noch weiter stigmatisiert würden. All das erweist sich u.a. als Folge der langjährigen Kampagnen gegen Kopftücher und der hartnäckigen Versuche, das sog. Neutralitätsgesetz auch nach dem Beschluss des BVerfG vom Januar 2015 in seiner hard-core-Form aufrechtzuerhalten.

⁴³ Hier dürfte allerdings auch der praktische Personalnotstand bei der Staatsanwaltschaft eine Rolle spielen.

⁴⁴ Robert Kiesel und Jost Müller-Neuhof: Stoff des Streits. In: Der Tagesspiegel vom 5.09.2020, S. 2.

⁴⁵ Der Tagesspiegel vom 29.09.2020, S. 9 (Bericht von Fatima Keilani).

Verlagerung der Debatte vom Kopftuch der Lehrerin zum Kopftuch der Richterin oder Staatsanwältin

Der Kopftuchstreit in seiner justiziell-politischen Form und bezogen auf Staatsbedienstete dauert bereits mehr als 20 Jahre an, wenn man die Ablehnung von Fereshta Ludin als Lehramtsbewerberin in Baden-Württemberg 1998 als Anfangszeitpunkt ansetzt. Er hat sich mittlerweile ausdifferenziert und ist auf andere Bereiche als die Schulen verlagert worden. Vor allem das Kopftuch der Richterin oder Staatsanwältin bzw. – mangels realer Trägerinnen der Kopfbedeckung in diesen Ämtern – von Rechtsreferendarinnen beschäftigt nun Jurist*innen, Gesetzgebungen, Verbände und zivilgesellschaftliche Kräfte. In Bezug auf die öffentlichen Schulen verfahren die (meisten) Bundesländer dagegen nach außen hin einzelfallbezogen und mehr oder weniger nach den Grundsätzen des verfassungsgerichtlichen Beschlusses von 2015, allerdings lediglich auf Basis von ministeriellen Erlassen. Das Schulgesetz geändert hat nur Nordrhein-Westfalen. Berlin stellt die radikale Ausnahme dar, indem es sich der Aufnahme von Kopftuch tragenden Lehrerinnen im allgemeinbildenden Schulwesen völlig verschließt. Obwohl für die Grundschule ausgebildete Lehrer*innen dringend gesucht und viele per Quer- und Seiteneinstieg aufgenommen werden, ist es nur in den gesetzlichen Ausnahmebereichen (berufliche Schulen und zweiter Bildungsweg) möglich, dass einige wenige Musliminnen mit Kopftuch eventuell eine Chance haben.

4. Fazit: Keine Fairness gegenüber Musliminnen mit Kopftuch

Es ist trotz allem absehbar, dass dieser Zustand nicht endlos weiterbestehen kann. Die Verlagerung der Debatte auf die Justiz kann nicht verdecken, dass es für die öffentlichen Schulen – auch in Berlin – eine grundgesetzkonforme Lösung

Sabine Berghahn	Berliner Kopftuchverbot ist diskriminierend! Urteil des Bundesarbeitsgerichts ...	ISSN 2192-5267	Oktober 2020	gender...politik...online 
-----------------	-----------------------------------------------------------------------------------	----------------	--------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------

geben muss. Auch gläubige Menschen, die ihr Bekenntnis nach außen zeigen oder einfach für sich als verbindlich angesehene religiöse Regeln einhalten wollen, selbst wenn andere Menschen dies für irrational, lästig oder anmaßend halten und darin einen Verstoß gegen die staatliche Neutralität sehen, haben ein Recht darauf, solange sie nicht zu missionieren versuchen oder gleichberechtigungswidrige Interpretationen ihres Outfits propagieren. (Neutralität bedeutet nämlich nur, dass der Staat sich nicht mit einer bestimmten Religion oder Religion als solcher identifiziert.) Faktisch geht es auch nach mehr als 20 Jahren Kopftuchstreit fast nur um einige wenige Musliminnen, die mit der Bedeckung unterrichten wollen. Dass ihnen dies in Berlin so hartnäckig verwehrt wird, ohne dass es in der Geschichte des Kopftuchstreits überhaupt Anzeichen dafür gegeben hätte, dass Personen dort, wo sie mit Kopftuch unterrichten durften, ein Fehlverhalten gezeigt hätten, spricht schon gegen die Verbote und die Haltung der Verbotsanhänger*innen. Solch kategorische Berufsverbote – ohne Hinweise auf persönliches Fehlverhalten – verletzen auch das Prinzip der Fairness, im Strafrecht würde sagen: die Unschuldsvermutung. Zudem sind die als Lehrerinnen Ausgebildeten durch dieselbe Ausbildung gegangen wie andere studierte Pädagog*innen. Ein demokratischer und am Recht orientierter Staat und eine entsprechende Gesellschaft sollten auf die Qualität der Lehrerausbildung vertrauen können und auch darauf, dass es ausreichend andere Korrektur- und notfalls Eingriffsmöglichkeiten in Schulen gibt, um pflichtwidriges Verhalten im Einzelfall zu verhindern oder abzustellen. Für Musliminnen mit Kopftuch erscheint es schwer genug, in einem Klima des Angefeindetwerdens auf das Lehramt zu studieren, den Studienreferendardienst im Ausnahmestatus zu absolvieren, aber ohne Perspektive zu bleiben, den Beruf an einer öffentlichen Schule ausüben zu können. Und selbst wenn sie vielleicht einmal in Berlin

werden unterrichten dürfen, müssen sie befürchten, dass man ihnen den Einstieg doppelt bis dreifach schwermacht und pausenlos versucht, Fehler und Pflichtverletzungen nachzuweisen. Mit einem solchen Berufseinstieg möchte niemand sein Berufsleben beginnen oder dauerhaft konfrontiert sein.

5. Angaben zur Autorin

Die Autorin ist Juristin und Politikwissenschaftlerin. Am Otto-Suhr-Institut der FU Berlin lehrt sie als Privatdozentin, nachdem sie u.a. jahrelang in verschiedenen Statusformen dort beschäftigt war. Sie arbeitet heute als Rechtsanwältin und freischwebende Wissenschaftlerin. Das Portal „Gender Politik Online“ hat sie mitaufgebaut und betreut es weiterhin redaktionell.