

**Arbeitsrecht: Kopftuch/Heilerziehungspflegerin -
Anmerkung zu ArbG Hamburg, Vorlage an den EuGH,
Beschluss vom 21.11.2018 – 8 Ca 123/18
[Urteilsanmerkung]**

Aqilah Sandhu

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Sandhu, Aqilah. 2019. "Arbeitsrecht: Kopftuch/Heilerziehungspflegerin - Anmerkung zu ArbG Hamburg, Vorlage an den EuGH, Beschluss vom 21.11.2018 – 8 Ca 123/18 [Urteilsanmerkung]." *Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR)* 18 (4): 172–76. <https://doi.org/10.37307/j.1868-7938.2019.04>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Vorlagen an den EuGH

Arbeitsrecht

Kopftuch / Heilerziehungspflegerin

Aktenzeichen: 8 Ca 123/18

Datum: 21.11.2018

Vorlegendes Gericht: ArbG Hamburg

Vorlagefragen:

1. Benachteiligt eine einseitige Weisung des Arbeitgebers, die das Tragen jedes sichtbaren Zeichens politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen verbietet, Beschäftigte, die aufgrund religiöser Bedeckungsgebote bestimmte Bekleidungsregeln befolgen, im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf unmittelbar wegen ihrer Religion?
2. Benachteiligt eine einseitige Weisung des Arbeitgebers, die das Tragen jedes sichtbaren Zeichens politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen verbietet, eine Arbeitnehmerin, die wegen ihres muslimischen Glaubens ein Kopftuch trägt, im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG mittelbar wegen der Religion und/oder wegen des Geschlechts?

Insbesondere:

- a) Kann nach der Richtlinie 2000/78/EG eine Benachteiligung wegen der Religion und/oder wegen des Geschlechts auch dann mit dem subjektiven Wunsch des Arbeitgebers, eine Politik politischer, weltanschaulicher und religiöser Neutralität zu verfolgen, gerechtfertigt werden, wenn der Arbeitgeber damit den subjektiven Wünschen seiner Kund*innen entsprechen möchte?
- b) Stehen die Richtlinie 2000/78/EG und/oder das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union angesichts Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG einer nationalen Regelung entgegen, nach der zum Schutz des Grundrechts der Religionsfreiheit ein Verbot religiöser Bekleidung nicht schon aufgrund einer abstrakten Eignung zur Gefährdung der Neutralität des Arbeitgebers, sondern nur aufgrund einer hinreichend konkreten Gefahr, insbesondere eines konkret drohenden wirtschaftlichen Nachteils für den Arbeitgeber oder einen betroffenen Dritten gerechtfertigt werden kann?

Anmerkung:

I. Einleitung

Dass Arbeitgeber unter pauschalem Verweis auf die wirtschaftliche Betätigungs freiheit nicht einfach einer Arbeitnehmerin wegen des Tragens eines Kopftuchs kündigen dürfen, schien in Deutschland seit einem Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2003 längst geklärt.¹ Doch im März 2017 trat erstmals auch der EuGH

¹ BVerfG v. 30.7.2003 – 1 BvR 792/03, NJW 2003, 2815; s. auch ArbG Berlin v. 28.3.2012, NZA-RR 2012, 627.

mit zwei konträren Entscheidungen² als dritter Akteur im Grundrechts-Dreieck zwischen Karlsruhe, Luxemburg und Straßburg in der „Kopftuchdebatte“ auf. Er erklärte im Fall *Achbita* anlässlich einer Vorlage des belgischen Kassationsgerichts ein betriebliches Kopftuchverbot in Form einer „Neutralitätsregel“ unter bestimmten Voraussetzungen für mit der Allgemeinen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG (im Folgenden: RL 2000/78/EG) vereinbar. Um eine ähnliche interne Neutralitätsvorgabe einer Kindertagesstätte in privater Trägerschaft, die das Tragen religiös konnotierter Kleidung und Symbole ihren Mitarbeitern pauschal untersagt, geht es in dem hier zu besprechenden Vorlagebeschluss des ArbG Hamburg.³

II. Sachverhalt

In diesem Fall stehen sich ein privatrechtlich organisierter Kinder- und Jugendhilfeträger, der in Hamburg Kindertagesstätten betreibt und eine in einer Hamburger Kita beschäftigte Heilerziehungs- pflegerin, die nach Rückkehr aus ihrer Elternzeit im Jahr 2018 aus persönlicher Glaubensüberzeugung auch während ihrer beruflichen Tätigkeit ein Kopftuch tragen will, gegenüber. In seiner Außendarstellung verfolgt der überparteilich und überkonfessionell organisierte Kita-Träger eine an Offenheit, Diversität und Pluralismus ausgerichtete Unternehmensphilosophie. Im März 2018 erließ die Hamburger Kita eine interne „Dienstanweisung zur Einhaltung des Neutralitätsgebots“ für sämtliches Personal mit Kontakt zu Eltern, Kindern und Dritten, die „eine Politik der politischen, weltanschaulichen und religiösen Neutralität“ feststellt. Die Einhaltung des Neutralitätsgebots am Arbeitsplatz wird wie folgt konkretisiert: „Die Mitarbeiter tragen gegenüber Eltern, Kindern und Dritten am Arbeitsplatz keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugungen“ (im Folgenden „Neutralitätsweisung“).⁴ Als die Klägerin im Mai 2018 ihre Arbeit wieder aufnehmen wollte, wurde sie auf ihre Weigerung hin das Kopftuch abzunehmen, vom Dienst freigestellt. Auf ihr erneutes Erscheinen mit Kopftuch erhielt sie im Juni 2018 eine Abmahnung verbunden mit der Aufforderung, der Arbeit zukünftig ohne Kopftuch nachzukommen. Nach wiederholter Weigerung folgten eine zweite Abmahnung sowie eine erneute Freistellung. Die Klägerin begehrte die Entfernung der Abmahnungen und des diesbezüglichen Schriftwechsels aus ihrer Personalakte.

III. Vorlagefragen

Das Arbeitsgericht hatte zu prüfen, ob die Abmahnungen aufgrund einer nach dem AGG (Benachteiligungsverbot⁵ nach § 7 AGG) unrechtmäßigen Weisung (§ 106 S. 1 GewO) ergangen sind. Da das AGG der Umsetzung der RL 2000/78/EG dient, ist für dessen Auslegung auch die dazu ergangene EuGH-Rechtsprechung zu berücksichtigen. Insofern sind vor allem zwei Entscheidungen maßgeblich: In der *Bougnaoui*-Entscheidung sah der EuGH eine Kündigung wegen des Tragens eines Kopftuchs bei der Arbeit

jedenfalls dann als unmittelbar diskriminierend und nicht nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt an, wenn sie allein auf dem diskriminierenden Kundenwunsch beruht, keiner Arbeitnehmerin mit Kopftuch zu begegnen.⁶ In der *Achbita*-Entscheidung vom selben Tag erachtete er aber eine interne Betriebsregel, die das Tragen sämtlicher religiöser Symbole und Bekleidungen allen Arbeitnehmer/innen verbietet, allenfalls als mittelbar diskriminierend. Ein betriebliches Verbot könne durch das von Art. 16 GRCh geschützte und grundsätzlich legitime Arbeitgeberinteresse an betrieblicher Neutralität gerechtfertigt werden.⁷

Vor diesem Hintergrund beabsichtigt das ArbG Hamburg mit der ersten Vorlagefrage die Klarstellung des *Achbita*-Präjudizes und fragt allgemein, ob eine Weisung, die alle sichtbaren Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugung gleichermaßen verbietet, Beschäftigte, die religiösen Bekleidungsgeboten folgen, unmittelbar wegen der Religion im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 2 lit. a RL 2000/78/EG diskriminiert. Zweitens fragt das Gericht konkret, ob die Neutralitätsweisung eine muslimische Arbeitnehmerin, die ein Kopftuch trägt, mittelbar wegen der Religion und/oder des Geschlechts diskriminiert. Sollte eine mittelbare Diskriminierung vorliegen, fragt das Gericht weiter, ob diese „auch dann mit dem subjektiven Wunsch des Arbeitgebers, eine Politik politischer, weltanschaulicher und religiöser Neutralität zu verfolgen, gerechtfertigt werden“ könne, „wenn der Arbeitgeber damit den subjektiven Wünschen seiner Kund*innen entsprechen möchte“. Damit macht das vorlegende Gericht auf den Widerspruch zwischen den Fällen *Bougnaoui* und *Achbita* aufmerksam: Was wäre, wenn die betriebliche Neutralitätsregel nicht dem in der *Achbita*-Entscheidung für legitim erachteten Arbeitgeber-Willen „den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln“,⁸ entspringt, sondern dem in *Bougnaoui* für verwerflich erklärten Willen „besonderen Kundenwünschen zu entsprechen“?⁹ Im Ausgangsfall verfolgt die Kita nämlich nach außen eine Politik der Diversität und beruft sich gleichzeitig darauf, dass die Eltern auf ein neutrales Auftreten der Kita-Betreuenden besonderen Wert legen würden – antizipiert also mit der Neutralitätsweisung gleichsam diskriminierende Elternwünsche, die ohne entsprechende Betriebsregel eine das Kopftuch verbietende Weisung nicht rechtfertigen würden.¹⁰ Schließlich fragt das Gericht, ob angesichts der Mindestharmonisierung nach Art. 8 Abs. 1 RL 2000/78/EG die Richtlinie sowie Art. 16 GRCh einer nationalen Regelung entgegenstehen, welche für die Rechtfertigung des Verbots religiöser Bekleidung das Vorliegen einer hinreichend konkreten Gefahr, insbesondere eines konkret drohenden wirtschaftlichen Nachteils für den Arbeitgeber erfordert.

1. Zur Frage der unmittelbaren Diskriminierung: zweite Chance für den EuGH

Mit der ersten Vorlagefrage eröffnet das vorlegende Gericht dem EuGH die Möglichkeit, die stark umstrittene und zweifelhafte¹¹ *Achbita*-Entscheidung zu revidieren, wonach eine betriebliche Regel, die das Tragen sichtbarer Zeichen religiöser Überzeugungen für alle religiösen Bekundungen und allen Arbeitnehmer/innen eines Unternehmens gleichermaßen verbietet, keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion darstellt. In der Literatur ist

2 EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203 und EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15 (Bougnaoui), ECLI:EU:C:2017:204.

3 ArbG Hamburg v. 21.11.2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, anhängig EuGH, Rs. C-804/18 (WABE).

4 ArbG Hamburg v. 21.11.2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 10. Die Weisung wird in einem zusätzlichen „Informationsblatt“ dahingehend konkretisiert, dass sie ausdrücklich das Verbot des christlichen Kreuzes, des muslimischen Kopftuchs und der jüdischen Kippa umfasst.

5 In der deutschen Umsetzung wird im Unterschied zur zugrundeliegenden RL der Begriff „Benachteiligung“ verwendet, da eine „Diskriminierung“ nur im Falle einer rechtswidrigen, sozial verwerflichen Ungleichbehandlung vorliege, BT-Drucks. 16/1780, S. 30. Dieser Beitrag folgt der unionsrechtlichen Terminologie.

6 EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15 (Bougnaoui), ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 40.

7 EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 32.

8 EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 38.

9 EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15 (Bougnaoui), ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 40.

10 ArbG Hamburg v. 21.11.2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 23.

11 S. insb. ArbG Hamburg v. 21.11.2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 40.

diese Auslegung des Art. 2 Abs. 1 und 2 lit. a RL 2000/78/EG auf erhebliche Kritik gestoßen, da sich das Gericht von der bloßen Semantik („Neutralität“!) in die Irre führen lassen und in Abweichung zu seiner bisherigen Antidiskriminierungsrechtsprechung keine individuelle Betrachtung vorgenommen habe.¹² Stattdessen stelle er fehlerhaft auf die Vergleichsgruppe „religiöse Arbeitnehmer/innen“ ab und erachtet es als lediglich mittelbar diskriminierend, weil alle Religionen gleichermaßen benachteiligt würden.

Anders als der EuGH in seiner *Achbita*-Entscheidung, geht das ArbG im Einklang mit der überwiegenden deutschen Literatur davon aus, dass immer dann, wenn eine Verbotsregel an ein bestimmtes, durch Art. 1 RL 2000/78/EG verbotenes Diskriminierungsmerkmal anknüpft, eine unmittelbare Diskriminierung wegen dieses Merkmals vorliegt. Die von der Kita formulierte Neutralitätsweisung knüpft gerade ausdrücklich an das Merkmal der Religion an, indem es alle derartigen Bekundungen verbietet und ist deshalb aus Sicht des ArbG unmittelbar diskriminierend.¹³ Insbesondere kann es nach Auffassung des vorlegenden Gerichts nicht maßgeblich sein, ob *auch* Angehörige anderer Religionen benachteiligt werden. Entscheidend sei vielmehr, dass im konkreten Fall eine Person Nachteile wegen ihrer Religionszugehörigkeit erleidet: „Unmittelbarer als durch die Nennung eines geschützten Merkmals in der Verbotsregelung selbst kann gar nicht an die Religion angeknüpft werden.“¹⁴

Würde die Neutralitätsweisung tatsächlich als unmittelbare Diskriminierung qualifiziert, so wäre sie rechtswidrig, es sei denn, das nicht-religiöse Erscheinungsbild stellt eine gerechtfertigte berufliche Anforderung nach § 9 AGG dar. Dies kann jedoch nach den vom EuGH in *Bougnaoui* für eine Softwaredesignerin aufgestellten Maßstäben „nur unter sehr begrenzten Bedingungen“¹⁵ angenommen werden und ist für die hier in Frage stehende Tätigkeit als Erzieherin offensichtlich nicht der Fall: Im Gegenteil – so das ArbG – sehen die Hamburger Bildungsempfehlungen gerade vor, dass Kinder kulturelle und religiöse Vielfalt in ihrem sozialen Umfeld erfahren und erlernen sollen.¹⁶ Die Kammer hätte der Klage deshalb wohl stattgegeben, sah sich daran aber angesichts der Vorgaben des *Achbita*-Urteils gehindert. Insofern ist die Vorlage an den EuGH konsequent und richtig.

2. Mittelbare Diskriminierung als Tatsachenfrage

Hilfsweise fragt das ArbG nach dem Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung wegen der Religion der Kita-Beschäftigten. Denn ein Neutralitätsgebot, wie von der Arbeitgeberin definiert, betrifft statistisch fast ausschließlich muslimische Frauen.¹⁷ Da der EuGH die mittelbare Diskriminierung im Fall *Achbita* nicht eindeutig bejaht, sondern vielmehr dem vorlegenden Gericht aufgegeben hatte zu prüfen, ob die dem Anschein nach neutrale Betriebsregel tatsächlich muslimische Frauen besonders betrifft,¹⁸ sah sich das ArbG zur Vorlage dieser Frage veranlasst. Doch hier räumt es dem EuGH bereits mehr Entscheidungsgewalt ein, als er tatsächlich beansprucht: Als Tatsachenfrage obliegt es dem vor-

genden Gericht, die tatsächlichen Auswirkungen des betrieblichen Neutralitätsgebots zu ermitteln und daraus die entsprechenden Schlüsse zu ziehen.

3. Keine Einheitsabwägung durch die *Achbita*-Vorgaben

Sodann schränkt das Arbeitsgericht sein sehr weites Vorlageermessen noch weiter ein, wenn es schließlich die Frage der Rechtfertigung des betrieblichen Kopftuchverbots vorlegt. Eine lediglich mittelbare Diskriminierung wegen der Religion kann nach § 2 Abs. 3 AGG (Art. 2 Abs. 2 lit. b i) RL 2000/78/EG) gerechtfertigt sein, wenn sie ein rechtmäßiges Ziel verfolgt und verhältnismäßig ist. Die beklagte Kita beruft sich auf den EuGH im Fall *Achbita*: Danach sei die Weisung, das Kopftuch abzunehmen gem. § 106 S. 1 GewO i. V. m. §§ 7 Abs. 1, 2, 3 AGG bei unionsrechtskonformer Auslegung rechtmäßig. Es genüge, dass der Betrieb eine kohärente, systematische und auf Arbeitnehmer/innen mit Kundenkontakt beschränkte Neutralitätspolitik verfolge, die den legitimen Willen des Arbeitgebers, gegenüber Kund/innen „neutral“ aufzutreten, verkörpere. Das konkrete Verbot sei auch angemessen und erforderlich, da es nur für Beschäftigte mit Kundenkontakt gelte.¹⁹ Doch selbst bei Anwendung der EuGH-Kriterien kann vorliegend bereits an der Kohärenz und Erforderlichkeit der Neutralitätsanweisung gezweifelt werden, da diese der nach außen propagierten Unternehmensphilosophie der Kita (Offenheit und Pluralismus) eindeutig widerspricht. Das ArbG bezweifelt überdies zu Recht, dass der Wille des Kita-Betreibers, den vermuteten subjektiven Wünschen der Eltern und Dritter zu entsprechen, ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr für dessen Betrieb ein rechtmäßiges sachliches Ziel i. S. v. § 3 Abs. 2 AGG sein kann. Dies betrifft im Kern die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den nach Art. 12 Abs. 1 GG (Art. 16 GRCh) geschützten Interessen des Arbeitgebers sowie denen aus Art. 4 Abs. 1 GG (Art. 10 GRCh) und Art. 3 GG (Art. 21 GRCh) auf Arbeitnehmerinnenseite. Der EuGH hatte sich in der *Achbita*-Entscheidung nur zu ersterem Interesse geäußert. Dieser Totalausfall der gebotenen Abwägung war zugleich der größte Kritikpunkt an der Entscheidung.²⁰

a) Fehlende Präjudizwirkung von Auslegungshinweisen

Das ArbG sah sich angesichts der Auslegung von Art. 16 GRCh durch den EuGH daran gehindert, eine abschließende Abwägung der kollidierenden Interessen zu Gunsten der Arbeitnehmerin vorzunehmen. Im deutschen Grundgesetz steht das Grundrecht auf Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 GG nicht unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt – im Unterschied zur GRCh (Art. 52 Abs. 1 GRCh). Eine Einschränkung kann nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nur aufgrund verfassungsimmanenter Schranken erfolgen. Dazu gehören die Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang.²¹ Ein pauschales Kopftuchverbot ist in Kitas in öffentlicher Trägerschaft nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungswidrig, wenn nicht im Einzelfall eine hinreichend konkrete Gefahr für die gegenläufigen Güter nachgewiesen werden kann.²² Das BVerfG verlangt eine Abwägung der wechselseitig geschützten Grundrechtspositionen im

12 S. nur Mangold/Payandeh, EuR 2017, 700, 704 f.; Preis/Morgenbrodt, ZESAR 2017 309, 311 f.; Sagan, EuZW 2017, 457, 459; Sandhu, KJ 50 (2017) 517, 522 f.; Schrader/Schubert in Däubler/Bertzbach, AGG-HK, 4. Aufl. 2018, § 3 AGG, Rn. 38.

13 ArbG Hamburg v. 21. 11. 2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 35 ff.; m. Verweis auf Sagan, EuZW 2017, 457; Sandhu, KJ 50 (2017), 517.

14 ArbG Hamburg v. 21. 11. 2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 38.

15 EuGH v. 14. 3. 2017, Rs. C-188/15 (*Bougnaoui*), ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 38.

16 ArbG Hamburg v. 21. 11. 2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 40.

17 ArbG Hamburg v. 21. 11. 2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 44.

18 EuGH v. 14. 3. 2017, Rs. C-157/15 (*Achbita*), ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 34.

19 ArbG Hamburg v. 21. 11. 2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 23.

20 Weiler, EJIL 28 (2017) 989, 997 bringt diesen Ausfall typographisch durch einen leeren Absatz im Text zum Ausdruck.

21 St. Rspr., s. nur BVerfG v. 18. 10. 2016 – 1 BvR 354/11, NZA 2016, 1522, Rn. 61.

22 BVerfG v. 18. 10. 2016 – 1 BvR 354/11, NZA 2016, 1522; für Verkäuferinnen: BVerfG v. 30. 7. 2003 – 1 BvR 792/03, NJW 2003, 2815; BAG v. 10. 10. 2002 – 2 AZR 472/01, NJW 2003, 1685; Starck in von Mangoldt/Starck/Klein, GG-Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Abs. 1, 2 Rn. 139.

Einzelfall, „deren Ergebnis durch die Verfassung selbst nicht abschließend vorgegeben ist“.²³ Das bloße Bekunden einer als anders wahrgenommenen Religionszugehörigkeit genügt für sich noch nicht, vielmehr muss der Arbeitgeber betriebliche Störungen oder Nachteile hinreichend plausibel darlegen, um ein Verbot zu rechtfertigen. Diese Auslegung der Grundrechte ist für alle Gerichte gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG bindend.

Die unionsrechtliche Kollisionsregel des Anwendungsvorrangs kommt ihrerseits nur zum Tragen, wenn bindende unionsrechtliche Vorgaben dem nationalen Recht (hier: in Gestalt der BVerfG-Entscheidungen) entgegenstehen. Dies ist hier nicht der Fall, denn die Präjudizwirkung der *Achbita*-Entscheidung ist wesentlich geringer, als angenommen wird.

Anders als bei der Gültigkeitsvorlage entfaltet eine EuGH-Vorabentscheidung bei der Auslegungsvorlage i.S.v. Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV grundsätzlich nur Bindungswirkung *inter partes*, ist also zunächst für das vorlegende Gericht im konkreten Rechtstreit unmittelbar verbindlich, für die übrigen Gerichte nur eingeschränkt.²⁴ Bindungswirkung entfalten dabei nur der Tenor und die ihn tragenden Entscheidungsgründe – nicht aber *obiter dicta*.²⁵ Der Tenor von *Achbita* bezieht sich ausschließlich auf die Frage, ob ein Kopftuchverbot, das sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens ergibt, die das sichtbare Tragen jedes religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion i.S.d. RL 2000/78/EG darstellt.²⁶ Nur hierauf bezog sich auch die Vorlagefrage des belgischen Gerichts, das nach der Auslegung des Begriffs „unmittelbare Diskriminierung“ in Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/78/EG fragte. Der EuGH beantwortete sie dahingehend, dass eine interne Regel wie im Ausgangsverfahren keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion begründe.²⁷

Er gab dem vorlegenden Gericht sodann „unabhängig davon, worauf es in seinen Fragen Bezug genommen hat“ weitere „Auslegungshinweise“²⁸ auf den Weg, die über die Beantwortung der eigentlichen Vorlagefrage weit hinausgehen. Bei diesen Auslegungshinweisen handelt sich um ein klassisches *obiter dictum*.²⁹ Es sind diese im *obiter dictum* enthaltenen Hinweise, die die deutschen Gerichte³⁰ nun zur Vorlage von Kopftuchverboten in der Privatwirtschaft veranlassen und für eine Neubestimmung des Verhältnisses der Religionsfreiheit zur Berufsfreiheit ins Feld geführt werden.

Verbindlich berücksichtigen müssen die Gerichte mangels Präjudizwirkung die im Rahmen des *obiter dictums* ergangenen „Auslegungshinweise“ indes nicht, so dass das konkrete Abwägungsergebnis gerade nicht durch die EuGH-Rechtsprechung präjudiziert ist. Allein aus dem *Achbita*-Tenor und dessen tragenden Entscheidungsgründen folgen keine *erga omnes*-bindenden Unionsvorgaben für die Frage der Gewichtung der grundrechtlichen

Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Daraus folgt auch keine Normkollision zwischen nationalem Verfassungsrecht und Unionsrecht. Damit stellt sich die dem Anwendungsvorrang vorgelagerte Frage der Normkollision nicht. Kommt bei der Frage der Abwägung die unionsrechtliche Kollisionsregel des Anwendungsvorrangs bereits nicht zum Tragen, erübrigt sich schließlich die Vorlagefrage.

b) Mitgliedstaatliches Ermessen bei Mindestharmonisierung

Doch nicht nur mangels bindendem Präjudiz ist die Vorlage in diesem Punkt kritikwürdig. Das ArbG erkennt zwar, dass die RL 2000/78/EG nur Mindestanforderungen festlegt,³¹ nimmt aber dennoch keine eigenständige Abwägung vor, da es sich durch die Auslegung von Art. 16 GRCh des EuGH daran gehindert sieht. Anders als in Fällen, in denen die Abwägung durch sekundärrechtsliche Maximalharmonisierung determiniert ist, bietet die gemäß ihrem Art. 8 Abs. 1 mindestharmonisierende RL 2000/78/EG den mitgliedstaatlichen Gerichten einen Gestaltungsfreiraum, der lediglich die Mindestgarantien nicht unterschreiten, wohl aber zu einer im Einzelfall abweichenden Abwägung gelangen darf. Im Unterschied zur Teilharmonisierung, die Mitgliedstaaten ermöglicht, für bestimmte Inlandssachverhalte im Rahmen von Öffnungsklauseln eigenes Recht anzuwenden, werden bei der Mindestharmonisierung einheitliche Standards aufgestellt, die zwar nicht unterschritten, wohl aber innerstaatlich überschritten werden dürfen. Die Kontrolle durch den EuGH sollte in diesen Fällen auf die Wahrung des Wesensgehalts der Grundrechte beschränkt sein.³² Die vom BVerfG vorgenommene Abwägung hält der Wesensgehaltskontrolle ohne Weiteres stand.

Dies verkennt das Arbeitsgericht, wenn es dem EuGH die Frage nach dem Erfordernis einer hinreichend konkreten Gefahr und der Grundrechtsabwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vorlegt. Zum einen ist dies nicht die Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens, das in erster Linie die einheitliche Anwendung und Auslegung des Unionsrechts sicherstellen soll, nicht aber die zentralistische Grundrechtsauslegung bezeichnet. Zum anderen entspricht dies nicht dem Vorlage-Mechanismus: In der Regel beschränkte sich der EuGH auf die Beantwortung konkreter Vorlagefragen und überlässt den nationalen Gerichten die konkrete Abwägung im Einzelfall. Selbst in Bezug auf einen vollharmonisierenden Sekundärrechtsakt betonte der EuGH, dass die Herstellung eines „angemessene[n] Gleichgewicht[s] zwischen den verschiedenen durch die Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechten und Grundfreiheiten“ von den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung sicherzustellen sei.³³

Ohne die umstrittene Frage näher zu beleuchten, ob die Unionsgrundrechte auch bei Wahrnehmung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume im Falle der Mindestharmonisierung im Verhältnis Privater untereinander maßgeblich sind,³⁴ stellt sich jedenfalls die Frage der Intensität, bzw. des *wie* der Grundrechtsprüfung durch den EuGH. Gefordert wird teilweise eine „zurückhaltende Prüfdichte“ des EuGH, „insbesondere dort, wo sich die

23 BVerfG v. 30. 7. 2003 – 1 BvR 792/03, NJW 2003, 2815, 2816.

24 Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union (2009), S. 411; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11. Aufl. 2018, Rn. 593.

25 Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union (2009), S. 430; Martens, Methodenlehre des Unionsrechts (2013), S. 232; F. Wollenschläger, NVwZ 2018, 2532, 2534; von Unger-Sternberg in BeckOK-BVerfGG, § 31 BVerfGG, Rn. 30.

26 EuGH v. 14. 3. 2017, Rs. C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203, 1. Leitsatz.

27 EuGH v. 14. 3. 2017, Rs. C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 32.

28 EuGH v. 14. 3. 2017, Rs. C-157/15 (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 33.

29 Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union (2009), S. 430f.; vgl. auch F. Wollenschläger, NVwZ 2018, 2532, 2534.

30 Jüngst BAG v. 30. 1. 2019 – 10 AZR 299/18, dazu Jbold, VerfBlog, 2019/2/11.

31 ArbG Hamburg v. 21. 11. 2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 22797, Rn. 52.

32 EuGH v. 18. 7. 2013, Rs. C-426/11 (Alemo-Herron), ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 36; s. auch Spaventa, CMLR 55 (2018) 997, 1021.

33 So zur RL 95/46/EG: EuGH v. 24. 11. 2011, Rs. C-468/10, 469/10 (ASNEF), ECLI:EU:C:2011:777, Rn. 43; allgemein Schroeder, Die grundrechtliche Prüfungsdichte des EuGH seit dem Vertrag von Lissabon, in König/Uwer, Grenzen europäischer Normgebung (2015), S. 83 (84) m.w.N.

34 Krit. Spaventa, CMLR 55 (2018) 997, 1003, 1019; Rödl, Arbeitsverfassungsrecht, in von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 876.

Grundrechtskulturen unterschiedlich entwickelt haben“³⁵ eine weite *margin of appreciation* für die mitgliedstaatlichen Gerichte im Falle der Mindestharmonisierung³⁶ sowie stärkere Rücksicht auf die divergierenden mitgliedstaatlichen „Grundrechtskulturen“³⁷ Auch für den EuGH gilt schließlich das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 3 EUV. In sensiblen Fällen billigte der EuGH unter Rücksicht auf mitgliedstaatliche Grundrechte den innerstaatlichen Behörden durchaus einen „Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den EG-Vertrag gesetzten Grenzen“ zu.³⁸ Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen sind nach Art. 52 Abs. 4 GRCh i. V. m. Art. 6 Abs. 3 EUV weiterhin eine maßgebliche Rechtserkenntnisquelle, so dass der EuGH die Grundrechtecharta „im Einklang“ mit den Verfassungsüberlieferungen auszulegen hat. Die Konventserläuterungen betonen, dass dabei nicht dem „restriktiven Ansatz eines ‚kleinsten gemeinsamen Nenners‘“ gefolgt werden, sondern vielmehr ein hohes Schutzniveau im Einklang mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen angestrebt werden soll.³⁹

Die mitgliedstaatlichen Gerichte haben also das Primärrecht auf ihrer Seite, neigen aber dennoch dazu, dem EuGH detaillierte Abwägungsfragen selbst dann vorzulegen, wenn ihnen sekundärrechtlich weite Gestaltungsspielräume gewährt werden. Das in vielerlei Hinsicht vorbildliche ArbG Hamburg schöpft damit leider nicht aus dem vollen Potenzial, das den Mitgliedstaaten im europäischen Grundrechtsverbund verbleibt.

IV. Taking dialogue seriously

Schließlich ist der EuGH nicht der Akteur mit dem letzten Wort im europäischen Grundrechtsverbund: auch die EGMR-Maßstäbe sind für die deutschen Gerichte zwar nicht *erga omnes* unmittelbar bindend, dennoch aber gem. Art. 59 Abs. 2 GG auf Grund der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG zu beachten. Der EGMR gewährte in einem ähnlichen Fall⁴⁰ den Mitgliedstaaten in dieser Frage grundsätzlich eine weite *margin of appreciation*, bemängelte aber, dass die Instanzengerichte dem Wunsch des Arbeitgebers, ein bestimmtes „corporate image“ zu vermitteln einseitig zu viel Gewicht beimaßen und verlangte – wie das BVerfG auch – den Nachweis einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen durch religiöse Kleidung oder Symbole.⁴¹ Der EGMR stellte überdies fest, dass ein pauschales Verbot privater Arbeitgeber für religiös motivierte Kleidung bzw. Symbole am Arbeitsplatz in keinem der 26 verglichenen Konventionsstaaten rechtlich zulässig ist.⁴² Erstmals werden im europäischen Rechtsraum solche Blankettverbote in Gestalt betrieblicher Neutralitätsregeln ausgerechnet durch den EuGH im Rahmen der Auslegung einer Antidiskriminierungs-Richtlinie legalisiert. Mit der unkritischen Bejahung berechtigter Arbeitgeberinteressen bei betrieblichen Kopftuchverboten setzt sich der EuGH im unionsweiten Rechtsvergleich über den EGMR und die mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen hinweg – selbst die Rechtsprechung im laizistisch geprägten Frankreich ist in der Privatwirtschaft für Arbeitgeber wesentlich

restriktiver.⁴³ Doch letztlich sind es die mitgliedstaatlichen Gerichte, die den EuGH durch die Vorlage detaillierter Abwägungsfragen zur Judizierung „outer space“ ermächtigen – in doppelter Hinsicht: nicht nur weil er die europaweiten Verfassungstraditionen übergeht, sondern auch weil er die Kompetenzgrenzen strapaziert, wenn er im Antidiskriminierungsrecht die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume reduziert.

Es obliegt nun dem EuGH, der Vorlageeuphorie der mitgliedstaatlichen Gerichte verantwortungsbewusst zu begegnen und in den vom ihm selbst beschworenen grundrechtlichen „Dialog von Gericht zu Gericht“⁴⁴ zu treten. In diesem Fall würde dies eine Zurückweisung der zweiten Vorlagefrage aus Kompetenzgründen erfordern oder aber – sofern sich der EuGH hierzu nicht überwindet – jedenfalls eine ernstzunehmende Grundrechtsabwägung nach dem Vorbild des vorlegenden Mitgliedstaats.

Aqilah Sandhu, Wissenschaftliche Mitarbeiterin
am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht sowie Gesetzgebungslehre von
Prof. Dr. Matthias Rossi, Universität Augsburg

³⁵ Kingreen in Calliess/Ruffert, AEUV/EUV/GRC, 5. Aufl. 2016, Art. 51 GRC, Rn. 15.

³⁶ Spaventa, CMLR 55 (2018) 997, 1005, 1020.

³⁷ Kühling, ZöR 2013, 469, 477.

³⁸ EuGH v. 14. 10. 2004, Rs. C-36/02 (Omega Spielhallen), ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 31.

³⁹ Erläuterungen zu Artikel 52 der Charta, ABl. C 303/34 v. 14. 12. 2007.

⁴⁰ EGMR v. 15. 1. 2013 – 48420/10 u. a. (Eweida), NJW 2014, 1935 (Gründe).

⁴¹ EGMR v. 15. 1. 2013 – 48420/10 u. a. (Eweida), Rn. 94 f.

⁴² EGMR v. 15. 1. 2013 – 48420/10 u. a. (Eweida), Rn. 47.

⁴³ S. die Nachw. bei Thüsing, JZ 2006, 223, 224 f. und 227 f.; Anders für eine Angestellte im öffentlichen Krankenhaus EGMR v. 26. 11. 2015 – 64846 (Ebrahimian).

⁴⁴ EuGH v. 5. 12. 2017, Rs. C-42/17 (Taricco II), ECLI:EU:C:2017:936, Rn. 22.