Senatsverwaltung für Bildung,
Jugend und Familie
- ZS D –

Berlin, den 11. September 2018
Tel.: 90227 (9227) 6686
E-Mail: jeannette.heymann@senbjf.berlin.de

1451

An den

Vorsitzenden des Hauptausschusses

über

den Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin

über Senatskanzlei – G Sen –

Unterrichtung des Hauptausschusses über die Vergabe eines Auftrages zu einem externen Gutachten
hier: Beauftragung eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens

Kapitel: 1000 Titel 52610

Ansatz 2017:	47.700,00 €
Ansatz 2018:	47.700,00 €
Ansatz 2019:	47.700,00 €
Ist 2017:	72.281,83 €
Verfügungsbeschränkungen 2018:	keine
Aktuelles Ist (23.08.2018):	24.817,83 €

In der Verwaltungsvorschrift zur Transparenz bei der Vergabe von Aufträgen zu Gutachten- und Beratungsdienstleistungen wird unter Nummer 3 Absatz 1 Folgendes bestimmt:

„Alle Senatsverwaltungen werden aufgefordert, den Hauptausschuss rechtzeitig vor Ausschreibung von Gutachten- und Beratungsdienstleistungsaufträgen mit einem Auftragswert von mehr als 10.000 Euro zu unterrichten und zu begründen, warum die zu leistende Arbeit nicht von Dienststellen des Landes Berlin erledigt werden kann. Ausgenommen davon sind ausschließlich technische Gutachten und Beratungsdienstleistungen, die sich auf einzelne Baumaßnahmen beziehen.“

Es wird gebeten, die beabsichtigte Auftragsvergabe für ein

Verfassungsrechtliches Gutachten zur Vereinbarkeit des Gesetzes zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin mit dem Grundgesetz im Schulbereich

zur Kenntnis zu nehmen.

Aufgrund anhängiger und weiterer zu erwartender Rechtsstreitigkeiten wegen Benachteiligung aufgrund des Tragens eines auffallenden religiös geprägten Kleidungsstücks (hier: islamisches Kopftuch) ist - wie im Folgenden dargestellt - die Einholung eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens erforderlich.

Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin

Nach dem Gesetz zur Schaffung eines Gesetzes zu Art. 29 der Verfassung von Berlin und zur Änderung des Kindertagesbetreuungsgesetzes vom 27.01.2005 - dem sog. Neutralitätsgesetz - müssen sich Beschäftigte des Landes Berlin in Bereichen, in denen Bürgerinnen und Bürger in besonderer Weise dem staatlichen Einfluss unterworfen sind, in ihren religiösen und weltanschaulichen Bekenntnis zurückhalten. Danach dürfen Beschäftigte mit pädagogischem Auftrag an öffentlichen Schulen im Unterricht keine sichtbaren religiösen oder weltanschaulichen Symbole und keine auffallenden religiös oder weltanschaulich geprägten Kleidungsstücke tragen, die eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren. Dies gilt nicht für die beruflichen Schulen. Weitere Ausnahmen können zugelassen werden.

Das Gesetz beruht auf der Entscheidung des Zweiten Senats Bundesverfassungsgerichts vom 24.09.2003 - sog. Kopftuch-Urteil -, in der dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zugestanden wurde. Der Gesetzgeber durfte danach in realitätsgerechter Einschätzung die spezifische Situation der Großstadt Berlin mit den Konfliktpotenzialen berücksichtigen. Insoweit wurde eine differenzierte Regelung mit Ausnahmen geschaffen.

Arbeitsgerichtliche Rechtsprechung

Infolge der Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27.01.2015 zum pauschalen gesetzlichen Verbot äußerer religiöser Bekundungen von Lehrkräften in öffentlichen Schulen nach dem nordrhein-westfälischen Schulgesetz wurden beim Arbeitsgericht Berlin mehrere Klagen von Lehrerinnen auf Entschädigung wegen einer Benachteiligung aufgrund der Religion (Nichtbeschäftigung der Lehrerinnen an einer Grundschule mit einem islamischen Kopftuch) rechtshängig gemacht. Aktuell sind drei Verfahren gerichtsanhängig, davon ein Verfahren in der zweiten Instanz vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg.

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung ist nicht einheitlich. Während das Arbeitsgericht Berlin in Ansehung der Entscheidung des BVerfG 2015 im Ergebnis das Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin (VerfArt29G) als nicht verfassungswidrig begründete, erkannte das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg in enger Anlehnung an die Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG 2015 im VerfArt29G eine unangemessene Regelung, die jedoch (entgegen ihrem Wortlaut) einschränkend und damit verfassungsgemäß ausgelegt werden könne.

Eine erstinstanzliche Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 14. April 2016 in diesem Verfahren erachtete die gesetzgeberische Zielsetzung, nämlich dem verfassungsrechtlichen Gebot zu staatlicher Neutralität, als rechtmäßigen Zweck im Sinne der RL 2000/78/EG , die im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) umgesetzt wurde und bezog sich insoweit auf Rechtsprechung des EGMR. Danach sei ein entsprechendes Verbot an öffentlichen Schulen eine notwendige, nicht unverhältnismä-

ßige Einschränkung gem. Art. 9 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) der Religionsfreiheit einer Lehrkraft, welches wegen der möglichen Beeinträchtigung der Grundrechte der Schülerinnen/Schüler und Eltern zur Wahrung der Neutralität ausgesprochen wird.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg schloss sich in seinem Urteil vom 09. Februar 2017 der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG 2015 an. Das Gericht ging ebenfalls davon aus, dass der staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) in Neutralität zu erfüllen sei, dass religiös konnotierte Kleidung Konfliktpotential haben kann und dass die Schülerinnen und Schüler dieser Konfrontation aufgrund der Schulpflicht nicht ausweichen können, wertete jedoch das glaubensgeleitete Verhalten von Lehrkräften und die damit einhergehende Wirkung auf Schülerinnen und Schüler als der Schulbehörde nicht zurechenbar.

Die Glaubensfreiheit habe in Abwägung mit den Grundrechten der Schülerinnen und Schüler sowie Eltern ein erheblich größeres Gewicht, solange Lehrkräfte für ihren Glauben nicht verbal werben.

In einer erneuten kürzlich ergangenen Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 24. Mai 2018 erweist sich eine Benachteiligung wegen des Tragens eines Kopftuches im Schuldienst als gerechtfertigt. Die geregelte Verpflichtung von Lehrkräften, im Dienst keine auffallenden religiös geprägten Kleidungsstücke zu tragen, sei eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des VerfArt29G.

Der mit diesem Verbot verfolgte Zweck, die staatliche Neutralität und die Wahrung des Schulfriedens, sei als verfassungsrechtliches Ziel rechtmäßig. Die Anforderungen seien in Abwägung der verschiedenen Grundrechtspositionen und unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Land Berlin angemessen. Der Landesgesetzgeber habe die generelle Regelung eines Verbots mit Ausnahmemöglichkeit treffen dürfen, weil einer Regelung, die in jedem Einzelfall dem Schulleiter die Ermittlung und Bewertung einer konkreten Gefahr an der jeweiligen Schule sowie die Entscheidung über ein eventuelles Verbot auferlegt, Gründe der Praktikabilität, Handhabbarkeit und Rechtssicherheit entgegenstehen.

Beides, Zweck und Anforderungen, seien mit höherrangigem Recht, insbesondere auch mit Europarecht, vereinbar.

Rechtswissenschaftliche Kontroverse zur Entscheidung des BVerfG 2015

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) 2015 hat darüber hinaus zu einer bewegten rechtswissenschaftlichen Kontroverse, in der verschiedene problematische Aspekte dieser überraschenden Rechtsprechung herausgearbeitet wurden, geführt.

Die Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG 2015 weicht in zentralen Fragen erheblich von der zur selben Sachfrage ergangenen Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG 2003 ab. Die Aussagen des BVerfG lassen sich nicht bruchlos zu einem verfassungsrechtlichen Konzept zusammenfügen.

Der Zweite Senat des BVerfG hatte 2003 entschieden, dass das Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen ohne gesetzliche Grundlage verfassungswidrig ist.

Dem Gesetzgeber wurde jedoch ausdrücklich für einen der Konstellation Schule angemessenen Ausgleich der unterschiedlichen Grundrechtspositionen, der Glaubensfreiheit der Lehrkräfte und Schülerinnen und Schüler, dem Erziehungsrecht der Eltern wie auch der Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, eine weitreichende Einschätzungsprärogative und entsprechenden Gestaltungsspielraum zugestanden. Der Gesetzgeber konnte das Maß religiöser Bezüge in der Schule bestimmen.

Das Gericht hat die problematische Vorbildwirkung ohne weiteres bejaht, die durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft mit Kopftuch und den dadurch vermittelnden religiösen Bezügen entsteht. Mithin reichte eine abstrakte Gefährdung des Schulfriedens aus.

Demgegenüber hat der Erste Senat des BVerfG 2015 die kollidierenden grundgesetzlich geschützten Rechtsgüter zwischen Lehrpersonal, Schülerinnen und Schülern sowie Eltern nunmehr anders gewichtet, die problematische Vorbildfunktion schlicht geleugnet und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler wie auch Eltern für belanglos erklärt, solange die Lehrkraft nicht verbal für ihren Glauben wirbt.

Ein Kopftuchverbot ist nach dieser Entscheidung erst zur Abwehr einer hinreichend konkreten Gefährdung des Schulfriedens zulässig.

Hat der Zweite Senat für ein abstrakt generelles Verbot religiös konnotierter Kleidung der Lehrkräfte ein Parlamentsgesetz gefordert, ist nach dem Ersten Senat eine abstrakte Gefahrenlage überhaupt nicht mehr regelbar. Vertreten zwei Senate des BVerfG in tragenden Entscheidungsgründen sich widersprechende Rechtsauffassungen, ist gemäß § 16 des Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) vor einer abweichenden Entscheidung das Plenum des BVerfG einzuschalten. Das ist nicht geschehen. Die „lex posterior-Regel“ (das zuletzt erlassene Gesetz gilt) greift bei Gerichtsentscheidungen nicht. Die Entscheidungen sind im Kollisionsfall gleichberechtigt und verlieren somit ihre Bindungswirkung der Staatsorgane an die tragenden Entscheidungsgründe.

Darüber hinaus wird die jüngste Kopftuch-Entscheidung des BVerfG kritisch begleitet, weil

- die Ausgestaltung der Neutralität im schulischen Bereich vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber auf die Verwaltung und die Gerichte verlagert wird,
- die Lehrkraft in Ausübung eines öffentlichen Amtes im Namen des - verfassungsrechtlich zur Neutralität verpflichteten - Staates den staatlichen Erziehungsauftrag wahrnimmt,
- sie im Lichte des Kruzifix-Beschlusses des BVerfG vom 16.05.1995 nicht überzeugt, denn Schülerinnen und Schüler sind aufgrund des Schulzwanges während des Unterrichts auch hier ohne Ausweichmöglichkeit mit dem islamischen Kopftuch konfrontiert,
- das Bemühen des Senats, die Schulsituation mit der alltäglichen Konfrontation auf der Straße zu vergleichen, geht aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses im besonderen Raum Schule an der sozialen Wirklichkeit vorbei;
- in der Schule es primär nicht auf die Perspektive der Lehrkraft ankommt, sondern auf die Wahrnehmung Dritter wie Eltern und Schülerinnen / Schüler,

- die Annahme, dass die rechtmäßige Ausübung eines Grundrechts zu einer Gefahr werden könnte, widersprüchlich erscheint; es wäre auch bei konkreter Gefährdung des Schulfriedens vom Staat durchzusetzen bzw. hätte das BVerfG nach den von ihm selbst gemachten Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit zwingend zu dem Ergebnis kommen müssen, dass das Tragen eines Kopftuches oder eines vergleichbaren Kleidungsstücks als solches staatlicherseits schlichtweg nicht verboten werden kann.

Im Übrigen wird auf das abweichende Sondervotum der Richter Schluckebier und Hermanns zur Entscheidung des BVerfG 2015 verwiesen. Es betone die besondere Natur des Schüler-Lehrer-Verhältnisses und dessen erzieherische Auswirkungen und wurde von daher begrüßt.

Unionsrecht

Nach der Entscheidung des BVerfG im Januar 2015 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Urteil vom 14.03.2017 auf der Grundlage der Europäischen Grundrechte-Charta (GRCh) erkannt, dass das generelle Anliegen eines Arbeitgebers, nach außen hin ein Bild der Neutralität zu vermitteln, grundsätzlich rechtmäßig ist.

Dabei versteht der EuGH die EU-Richtlinie 2000/78/EG als Konkretisierung des Art. 21 GRCh (Diskriminierungsverbot). Danach kann eine (unmittelbare oder mittelbare) Benachteiligung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sein, sofern die Mittel angemessen und erforderlich sind. Der Raum für eine unmittelbare Benachteiligung ist dabei deutlich enger.

Der EuGH sah hier eine unmittelbare Diskriminierung nicht als gegeben an, weil die Neutralitätsregel alle Arbeitnehmer gleichermaßen erfasste und nicht nur die Religion, sondern auch die Weltanschauung betraf.

Somit kam nur eine mittelbare Diskriminierung in Betracht. Eine interne Unternehmensregel der Politik der Neutralität ist danach ein rechtmäßiges Ziel. Gestützt werde dies durch Art. 16 GRCh (Unternehmerische Freiheit). Anerkannt sei dies auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR).

Für den Arbeitgeber Staat ist eine Berufung auf Art. 16 GRCh nicht möglich. Andererseits könne er für einen störungsfreien Umgang mit Bürgern durchaus Neutralitätsargumente vorbringen.

Insoweit wird auch die Auffassung vertreten, wenn der Arbeitgeber eines Unternehmens der Privatwirtschaft den Wunsch nach Wahrung eines neutralen Erscheinungsbildes sich gegenüber dem Anliegen, äußerlich einer religiöse Haltung Ausdruck zu verleihen, durchsetzen kann, dies umso mehr gelten muss für den verfassungsrechtlich garantierten staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag.

Der EuGH hat das unternehmensinterne Neutralitätsgebot anlasslos, also pauschal denkbare Konflikte vorausschauend regelnd, zugelassen. Insoweit unterscheidet sich die Rechtsprechung des EuGH von der des BVerfG, das eine abstrakte Gefährdung gerade nicht ausreichen lässt. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des Unionsrechts zur nationalen Rechtsprechung des BVerfG.

Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes des Abgeordnetenhauses von Berlin vom 25.06.2015

Der wissenschaftliche Parlamentsdienst (WPD) des Abgeordnetenhauses von Berlin hat mit Datum vom 25. Juni 2015 ein ‚Gutachten zu den Auswirkungen der „Kopftuch-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 2015 auf die Rechtslage im Land Berlin‘ erstellt. Der WPD folgert unter Berücksichtigung der in dieser Entscheidung des BVerfG aufgestellten Grundsätze, dass sich die Berliner Regelung im VerfArt29G nicht verfassungskonform auslegen ließe. Es bestünde insoweit Änderungsbedarf, um die Berliner Gesetzeslage mit der jüngsten Kopftuchentscheidung des BVerfG in Einklang zu bringen.

Der WPD setzt sich dabei nicht mit der in tragenden Entscheidungsgründen widerstreitenden Rechtsauffassungen der beiden Senate des BVerfG und ihre Bindungswirkung der Staatsorgane auseinander. Des Weiteren kommt das Arbeitsgericht Berlin in zwei Entscheidungen zu dem Ergebnis, das VerfArt29G sei nicht verfassungswidrig und der vom Landesgesetzgeber verfolgte Zweck, die Neutralität des Staates, rechtmäßig.

Gutachten zur umstrittenen Rechtslage

Vor dem Hintergrund der stark divergierenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch der Arbeitsgerichte und der in diesem Zusammenhang vielfältig aufgeworfenen Fragen ist zur umstrittenen Rechtslage die Einholung eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens dringend geboten.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg wie auch der WPD folgt der Rechtsprechung des BVerfG 2015. Dabei ist bereits das Verhältnis der widersprüchlichen Entscheidungen des BVerfG 2003 und 2015 zueinander ungeklärt. Darüber hinaus kommen die Arbeitsgerichte in Bezug auf die Berliner Regelung unter Beachtung des Beschlusses des BVerfG 2015 zu unterschiedlichen Ergebnissen. Des Weiteren ist fraglich, inwieweit Unionsrecht zu berücksichtigen ist. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes ist erst nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2015 und des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom Februar 2017 ergangen.

Das Gutachten ist zum sachgerechten Führen der Rechtsstreitigkeiten in Vertretung des Landes Berlin erforderlich. Im zuständigen Verwaltungsbereich ist ein Verfassungsrechtler/ eine Verfassungsrechtlerin mit den speziellen Kompetenzen auch auf dem Gebiet der Pädagogik sowie Erfahrung in wissenschaftlicher Tätigkeit nicht vorhanden.

Die Kosten für das in Rede stehende rechtswissenschaftliche Gutachten werden auf 25.000 Euro geschätzt.

Sofern die im HPL 2018/2019 vorgesehenen Mittel bei Kapitel 1000/Titel 52610 für die Erstellung des Gutachtens nicht ausreichen sollten, wird die Finanzierung im Zuge der Haushaltswirtschaft im Einzelplan 10 sichergestellt.

In Vertretung
Mark Rackles
Senatsverwaltung für Bildung,
Jugend und Familie