

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 593/09
7 Sa 84/08
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. August 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. August 2010 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Claes und Dr. Niebler für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landes-
arbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 19. Juni 2009
- 7 Sa 84/08 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Abmahnung. 1

Die in der Türkei geborene, deutsche Klägerin ist staatlich anerkannte 2
Erzieherin und seit September 2003 bei der beklagten Stadt, die über ca.
34 Kindertagesstätten verfügt, in Teilzeit beschäftigt. Sie ist muslimischen
Glaubens und trägt aus religiöser Überzeugung in der Öffentlichkeit und auch
während ihrer Tätigkeit als Erzieherin ein Kopftuch.

Seit Februar 2006 gilt in Baden-Württemberg das geänderte „Gesetz 3
über die Betreuung und Förderung von Kindern in Kindergärten, anderen
Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege (Kindertagesbetreuungsgesetz
- KiTaG)“ (*im Folgenden: KiTaG BW*), das seither in § 7 Absätze 6 - 7 lautet:

„(6) Fachkräfte im Sinne der Absätze 1 und 2 und andere
Betreuungs- und Erziehungspersonen dürfen in Ein-
richtungen, auf die dieses Gesetz Anwendung findet
und die in Trägerschaft des Landes, eines Land-
kreises, einer Gemeinde, einer Verwaltungsgemein-
schaft, eines Zweck- oder Regionalverbandes
stehen, keine politischen, religiösen, weltanschau-
lichen oder ähnliche äußeren Bekundungen ab-
geben, die geeignet sind, die Neutralität des Trägers
gegenüber Kindern und Eltern oder dem politischen,
religiösen oder weltanschaulichen Frieden in Ein-
richtungen, auf die dieser Absatz Anwendung findet,
zu gefährden oder zu stören. Insbesondere ist ein
äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Kindern
oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass
eine Fachkraft oder eine andere Betreuungs- oder
Erziehungsperson gegen die Menschenwürde, die
Gleichberechtigung der Menschen nach Artikel 3 des
Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die

freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. Die Wahrnehmung des Auftrags nach Artikel 12 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg zur Erziehung der Jugend im Geiste der christlichen Nächstenliebe und zur Brüderlichkeit aller Menschen und die entsprechende Darstellung derartiger Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1.

- (7) Die Einstellung einer Fachkraft im Sinne der Absätze 1 und 2 oder einer anderen Betreuungs- und Erziehungsperson in Einrichtungen nach Absatz 6 Satz 1 setzt als persönliches Eignungsmerkmal voraus, dass sie die Gewähr für die Einhaltung des Absatzes 6 während der gesamten Dauer ihres Arbeitsverhältnisses bietet.“

Die Beklagte forderte die Klägerin erfolglos auf, ihrer Verpflichtung aus § 7 Abs. 6 KiTaG BW nachzukommen und ihr „islamisches Kopftuch“ während ihres Dienstes als Erzieherin abzulegen. Die Klägerin kam dieser Aufforderung nicht nach. Daraufhin mahnte die Beklagte sie mit Schreiben vom 8. August 2007 ab. In diesem heißt es ua.:

4

„Abmahnung

Sehr geehrte Frau ...,

am Montag, 09. Juli 2007 wurden Sie erneut, wie bereits in mehreren Gesprächen vorher, dazu aufgefordert innerhalb einer Woche Ihrer Verpflichtung gemäß § 7 Absatz 6 des Kindergartengesetzes nachzukommen und das islamische Kopftuch während Ihres Dienstes in der Kindertagesstätte abzulegen.

Bis einschließlich Dienstag, 17. Juli 2007 haben Sie jedoch nach wie vor das islamische Kopftuch im Dienst getragen und gegenüber Frau F zum Ausdruck gebracht, dass Sie dies auch weiterhin zu tun beabsichtigen.

Dieses Arbeitsverhalten können wir nicht weiter dulden, so dass wir gezwungen sind, Ihnen aufgrund des dargelegten Sachverhaltes eine

Abmahnung

zu erteilen verbunden mit der gleichzeitigen Aufforderung sich künftig an die gesetzlichen Vorschriften zu halten, die Ihnen das Tragen eines islamischen Kopftuches während der Dienstzeit in der Kindertagesstätte verbieten.

Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, dass Sie bei nochmaligen Pflichtverletzungen mit weiteren arbeitsrechtlichen Konsequenzen, insbesondere einer Kündigung, zu rechnen haben.

...“

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Entfernung der Abmahnung aus ihrer Personalakte. Sie hat die Auffassung vertreten, ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 7 Abs. 6 KiTaG BW liege nicht vor, da das Tragen eines Kopftuches keine Bekundung im Sinne dieser Norm sei. Sie trage das Kopftuch nicht als Symbol ihres Glaubens, sondern befolge nur eine religiös motivierte Bekleidungsvorschrift, die sich auch kulturell niedergeschlagen habe. Ihr Verhalten habe zu keiner Zeit die Neutralität der Beklagten oder den Einrichtungsfrieden in Frage gestellt. Ihr sei zumindest die Möglichkeit einzuräumen, eine Gefährdung zu widerlegen. Im Übrigen sei § 7 Abs. 6 KiTaG BW verfassungs- und europarechtswidrig und verstoße gegen Art. 9 EMRK. Ihrer Grundrechtsausübung stünden weder die Grundrechte der betreuten Kinder noch die der Eltern entgegen, da keine Kindergartenpflicht bestehe. Auch habe der Landesgesetzgeber in das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden eingegriffen. 5

Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - beantragt, 6
die beklagte Stadt zu verurteilen, die mit Schreiben vom 8. August 2007 erteilte Abmahnung aus ihrer Personalakte zu entfernen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, dass die Klägerin ihre aus § 7 Abs. 6 KiTaG BW folgende Neutralitätspflicht verletzt habe. Das gesetzlich geregelte Kopftuchverbot sei rechtmäßig. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde werde in seinem Kernbereich nicht angetastet. 7

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. 8

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. Die Klägerin kann die Entfernung der Abmahnung vom 8. August 2007 aus ihrer Personalakte nicht verlangen. Sie ist nicht zu Unrecht abgemahnt worden. Die beklagte Stadt hat zu Recht einen Verstoß der Klägerin gegen die bestehende gesetzliche Pflicht aus § 7 Abs. 6 KiTaG BW gerügt. Diese Norm verletzt kein höherrangiges Recht. 9
- I. Arbeitnehmer können in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Entfernungsanspruch besteht, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht (*vgl. Senat 27. November 2008 - 2 AZR 675/07 - Rn. 13 - 17 mwN, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33 = EzA BGB 2002 § 314 Nr. 4*). 10
- II. Keine dieser Voraussetzungen ist erfüllt. 11
1. Die Abmahnung vom 8. August 2007 ist hinreichend bestimmt. Mit der Abmahnung wird die der Klägerin vorgeworfene Vertragspflichtverletzung und das von ihr erwartete zukünftige Verhalten hinreichend präzise beschrieben. Der Klägerin wird das Tragen eines „islamischen Kopftuchs“ vorgeworfen. Sie wird weiter aufgefordert, künftig auf das Tragen eines solchen Kopftuchs zu verzichten. 12
2. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass die Klägerin mit dem Kopftuchtragen das Bekundungsverbot gemäß § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW bewusst und dauerhaft verletzt hat. 13

- a) Die Klägerin hat bewusst ihre Bekleidung gewählt. Sie will aufgrund ihrer religiösen Motive nicht ohne dieses Bekleidungsstück in der Öffentlichkeit arbeiten. Von einem ihr zurechenbaren und steuerbaren Verhalten, das grundsätzlich einer Abmahnung zugänglich ist, kann deshalb ohne Weiteres ausgegangen werden. 14
- b) Nach § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW dürfen Fachkräfte keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnlichen äußeren Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Trägers gegenüber Kindern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden in Einrichtungen zu gefährden oder zu stören. 15
- c) Die Klägerin hat dieses gesetzliche Gebot verletzt. 16
- Sie ist staatlich anerkannte Erzieherin und als eine Fachkraft iSd. § 7 Abs. 1 Nr. 2 KiTaG BW in einer Kindertagesbetreuungseinrichtung (*im Folgenden: KiTa*) der Beklagten beschäftigt. Die bewusste Wahl einer religiös bestimmten Kleidung fällt unter das Verbot des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW. Das Tragen eines sog. islamischen Kopftuchs stellt eine religiöse Bekundung im Sinne dieser Vorschrift dar. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 17
- aa) Eine religiöse Bekundung iSd. § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW ist die bewusste, an die Außenwelt gerichtete Kundgabe einer religiösen Überzeugung (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 16, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2; 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - Rn. 14, AP GG Art. 4 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 4; BVerwG 16. Dezember 2008 - 2 B 46.08 - Rn. 6, ZTR 2009, 167; 24. Juni 2004 - 2 C 45.03 - zu 2 a der Gründe, BVerwGE 121, 140*). Zur Bestimmung des Erklärungswerts einer solchen Kundgabe ist auf diejenige Deutungsmöglichkeit abzustellen, die für eine nicht unerhebliche Zahl von Betrachtern naheliegt. Dabei kommt es im Streitfall für die Deutung vor allem auf die Sicht eines objektiven Betrachters in der Situation der Kinder und Eltern einer Betreuungseinrichtung an (*BVerfG 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02 - zu B II 5 a der* 18

Gründe, BVerfGE 108, 282). Ob einer bestimmten Bekleidung ein religiöser Aussagegehalt nach Art eines Symbols zukommt, hängt von der Wirkung des verwendeten Ausdrucksmittels ab, wobei alle sonstigen in Betracht kommenden Deutungsmöglichkeiten ebenfalls zu berücksichtigen sind. Der Symbolcharakter muss sich nicht aus dem Kleidungsstück als solchem ergeben. Eine religiöse Bekundung kann auch darin liegen, dass dem Kleidungsstück in der besonderen Art und Weise seines Tragens offensichtlich eine besondere Bedeutung zukommt, etwa weil es erkennbar aus dem Rahmen der in der Einrichtung üblichen Bekleidung fällt und ausnahmslos zu jeder Zeit getragen wird. Ein solch weitgehendes Verständnis entspricht dem Zweck des gesetzlichen Bekundungsverbots. Dieses will religiös-weltanschauliche Konflikte in Kindertagesbetreuungseinrichtungen schon im Ansatz verhindern und die Neutralität der Einrichtung und des Trägers auch nach außen wahren. Das verbietet eine Differenzierung zwischen Kleidungsstücken, deren religiöse oder weltanschauliche Motivation offen zutage tritt, und solchen, deren Tragen in der Einrichtung einen entsprechenden Erklärungsbedarf auslöst (*zu gleichlautenden schulgesetzlichen Regelungen: Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - aaO; 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - Rn. 14 f., aaO; BVerwG 24. Juni 2004 - 2 C 45.03 - Rn. 21 f., aaO; 16. Dezember 2008 - 2 B 46.08 - Rn. 3 - 8, aaO*).

bb) Das Landesarbeitsgericht hat deshalb zu Recht angenommen, im Tragen des sog. islamischen Kopftuchs liege eine religiöse Bekundung der Klägerin. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Begründung des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 19

(1) Die Klägerin hat zu keiner Zeit behauptet, sie trage das Kopftuch nicht als Ausdruck ihres Glaubens. Sie hat vielmehr mit der Klageschrift ausgeführt, sie trage das Kopftuch in der Öffentlichkeit aus religiöser Überzeugung. Dies muss sie sich ebenso entgegenhalten lassen wie die entsprechende, für das Revisionsgericht bindende Feststellung des Landesarbeitsgerichts, sie trage das Kopftuch aus religiöser Anschauung. Diese Feststellung hat die Klägerin nicht mit relevanten Verfahrensrügen angegriffen. 20

(2) Ihr weiterer Hinweis, das Landesarbeitsgericht hätte bei der Bewertung modische oder gesundheitliche Aspekte des Kopftuchtragens berücksichtigen müssen, ist unbeachtlich. Auch ein unbefangener Beobachter wird das sog. islamische Kopftuch regelmäßig als Ausdruck eines bekundeten Religionsbrauchs, den die Trägerin befolgen will, und nicht als modisches Accessoire auffassen (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 16, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2*). Ein solches Kleidungsstück fällt aus dem Rahmen der üblicherweise in einer KiTa getragenen Bekleidung. Dies gilt umso mehr, als es von der Klägerin ausnahmslos und zu jeder Zeit getragen wird (*vgl. auch VGH Baden-Württemberg 14. März 2008 - 4 S 516/07 - Schütz/Maiwald BeamtR ES/A II 1.5 Nr. 57*). Ein objektiver Beobachter wird deshalb selbst unter Berücksichtigung der zunehmenden Verbreitung solcher Kopftücher im öffentlichen Leben und der Diskussion in den letzten Jahren es mit der Religion des Islam in Verbindung bringen. Ihm ist bekannt, dass muslimische Frauen aus religiösen Gründen ihr Haar mit einem Kopftuch oder einem vergleichbaren Kleidungsstück bedecken (*VGH Baden-Württemberg 14. März 2008 - 4 S 516/07 - aaO; so bereits Senat 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01 - zu B II 3 c aa der Gründe, BAGE 103, 111, im Fall einer kopftuchtragenden Verkäuferin in der Privatwirtschaft*).

cc) Das Verhalten der Klägerin ist geeignet, die Neutralität der beklagten Stadt gegenüber Kindern und Eltern einer KiTa und den religiösen Einrichtungsfrieden zu gefährden.

(1) Das Verbot des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW knüpft an einen abstrakten Gefährdungstatbestand an. Es erfasst nicht erst Bekundungen, die die Neutralität des Trägers oder den religiösen Einrichtungsfrieden konkret gefährden oder gar stören. Das Verbot will schon der abstrakten Gefahr vorbeugen, konkrete Gefährdungen also gar nicht erst aufkommen lassen. Im Gesetzeswortlaut kommt dies darin zum Ausdruck, dass religiöse Bekundungen bereits dann verboten sind, wenn sie „geeignet“ sind, die genannten Schutzgüter zu gefährden (*vgl. Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2; 20. August 2009*

- 2 AZR 499/08 - Rn. 18, AP GG Art. 4 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 4). Der Landesgesetzgeber wollte ersichtlich darauf Bedacht nehmen, dass auch Kindertagesbetreuungseinrichtungen Orte sind, an denen unterschiedliche religiöse und politische Auffassungen unausweichlich aufeinandertreffen, deren friedliches Nebeneinander der Staat aber zu garantieren hat (vgl. Senat in den Entscheidungen vom 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - aaO und vom 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - aaO, zu den weitgehend inhaltsgleichen Normen des Schulgesetzes NRW). Er hat ein solches Konfliktpotential erkennbar nicht nur für den Schulbereich (vgl. § 38 Abs. 2 SchulG BW) gesehen, sondern ist davon ausgegangen, dass es durch eine größere religiöse Vielfalt in der Gesellschaft auch in KiTas zu einem vermehrten Potential von Konflikten - auch unter den Eltern verschiedener Glaubensrichtungen oder mit Atheisten - kommen kann. In dieser Lage kann der religiöse/weltanschauliche Frieden in einer Einrichtung schon durch die berechtigte Sorge der Eltern vor einer ungewollten religiösen Beeinflussung ihres Kindes gefährdet werden. Hierzu kann das religiös bedeutungsvolle Erscheinungsbild des pädagogischen Personals Anlass geben (so Senat 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - aaO und 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 18, aaO; BVerwG 24. Juni 2004 - 2 C 45.03 - Rn. 25, BVerwGE 121, 140). Die berechtigte Sorge von Eltern kann sich in KiTas sogar noch verstärken, da Kinder im Kindergartenalter regelmäßig noch stärker beeinflussbar sein werden als Schüler. Eine Erzieherin nimmt ebenso wie ein Lehrer als Bezugs- und Autoritätsperson eine starke Mittelpunktfunktion ein (so auch Wittinger VBl. BW 2006, 169, 171). Sie wird insbesondere bei einer Ganztagsbetreuung bei den zu betreuenden Kindern im Alter bis zu sechs Jahren im Vergleich zu einem Lehrer, der nur einzelne Fächer unterrichtet, sogar noch einen höheren Einfluss haben. Für das spätere Sozialverhalten der Kinder wirkt sie als zumeist erste Bezugsperson außerhalb des Elternhauses in hohem Maße prägend (BVerfG 10. März 1998 - 1 BvR 178/97 - zu B II 1 b aa der Gründe, BVerfGE 97, 332). Gerade in diesem Alter orientieren sich Kinder am Verhalten der Bezugsperson und sind oft leichter beeinflussbar als Schulkinder. Jede bekehrende Wirkung auszuschließen, die das Tragen des islamischen Kopftuchs haben könnte,

dürfte deshalb kaum möglich sein (*so auch EGMR 15. Februar 2001 - 42393/98 - NJW 2001, 2871*). In diesem Alter dürfte es zumeist noch schwieriger sein, die Wirkung des Kopftuchs durch entsprechende Erklärungen abzuschwächen (*vgl. Wittinger VBl. BW 2006, 169, 171*).

(2) Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin den 24
Gegenbeweis für eine Nichtgefährdung des Einrichtungsfriedens leisten könnte und welche Anforderungen insoweit zu stellen wären. Das Gesetz regelt einen abstrakten Gefährdungstatbestand, nach dem es gerade nicht auf die mögliche tatsächliche Gefährdung oder Störung ankommt. Eine Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse in einzelnen Einrichtungen ist nicht vorgesehen (*VGH Baden-Württemberg 14. März 2008 - 4 S 516/07 - Schütz/Maiwald BeamtR ES/A II 1.5 Nr. 57; BVerwG 24. Juni 2006 - 2 C 45.03 - zu 2 b der Gründe, BVerwGE 121, 140, jeweils zu inhaltsgleichen schulgesetzlichen Normen*). Somit ist es auch ohne Belang, dass die Klägerin - wie sie mit der Revision geltend macht - bisher in einem friedlichen Verhältnis zu allen Beteiligten stand. Diese Situation könnte sich im Übrigen jederzeit durch den Wechsel von Kindern und Eltern verändern.

3. Die Regelung des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW verstößt nicht gegen 25
höherrangiges Recht. Die Vorschrift ist weder verfassungswidrig noch verletzt sie Art. 9 Abs. 1 EMRK.

a) Das Bekundungsverbot des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW ist nicht 26
verfassungswidrig. Der Landesgesetzgeber durfte die Pflichten der bei den Einrichtungsträgern iSd. § 1 KiTaG BW beschäftigten Fachkräfte konkretisieren und ihnen auch das Tragen solcher Kleidung oder Zeichen in der KiTa untersagen, die ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten politischen, religiösen oder weltanschaulichen Gruppe erkennen lässt.

aa) Der Landesgesetzgeber war zuständig und berechtigt, ein Gesetz zu 27
erlassen, das den Ausgleich der widerstreitenden Interessen und Grundrechte von Fachkräften der KiTas, Kindern und Eltern sowie des Trägers der Einrichtung regelt (*so BVerfG 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02 - zu B II 6 der*

Gründe, BVerfGE 108, 282 für den Bereich der Schule; siehe auch Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 21, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2; 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - Rn. 21, AP GG Art. 4 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 4).

Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (*konkurrierende Gesetzgebung auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge*) angenommen. Der Begriff der öffentlichen Fürsorge ist weit aufzufassen. Zu ihm gehört auch die Jugendpflege, die das körperliche, geistige und sittliche Wohl aller Jugendlichen fördern will, ohne dass eine Gefährdung im Einzelfall vorzuliegen braucht. Diesem Ziel dient auch die Kindertagesbetreuung. Sie hilft den Eltern bei der Erziehung, fördert und schützt die Kinder und trägt dazu bei, positive Lebensbedingungen für Familien mit Kindern zu schaffen (*BVerfG 10. März 1998 - 1 BvR 178/97 - zu B II 1 b aa der Gründe, BVerfGE 97, 332*). Zwar hat der Bundesgesetzgeber in §§ 22 - 26 SGB VIII Regelungen zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege getroffen, jedoch eröffnet der Vorbehalt in § 26 SGB VIII es den Ländern, Inhalt und Umfang der Aufgaben sowie Leistungen näher selbst zu regeln. Von dieser Kompetenz hat der Landesgesetzgeber mit den Regelungen des KiTaG BW Gebrauch gemacht und in § 7 Abs. 6 Satz 1 nähere Regelungen für das pädagogische Personal getroffen.

28

bb) Die Regelung des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW ist inhaltlich hinreichend bestimmt. Sie bezeichnet die von ihr erfassten Schutzgüter - die Neutralität des Trägers und den Einrichtungsfrieden - deutlich. Sie knüpft allein an die abstrakte Eignung eines Verhaltens an, diese Schutzgüter zu gefährden oder zu stören. Sie erfasst, dem generellen Charakter eines Gesetzes entsprechend, jegliche Art von Bekundungen, also auch jedes äußere Verhalten. Die bewusste Wahl einer religiös oder weltanschaulich bestimmten Kleidung fällt unter diese Regelung. Die Bestimmtheit des Satzes 1 wird nicht durch die Regelung in Satz 3 in Frage gestellt. Die „Darstellung christlicher Traditionen“ bedeutet etwas anderes als die Bekundung eines individuellen Bekenntnisses. Bei der im

29

Gesetz genannten „Darstellung“ geht es nicht um die Geltendmachung einer persönlichen, inneren Überzeugung (*BVerwG 24. Juni 2004 - 2 C 45.03 - zu 4 a der Gründe, BVerwGE 121, 140 zur inhaltsgleichen Regelung des § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW*).

cc) Die Lösung des verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses durch § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW beachtet die Grundsätze der praktischen Konkordanz der betroffenen Grundrechtspositionen hinreichend. Die Regelung liegt im Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers. Dieser durfte die positive Glaubensfreiheit sowie die Berufsausübungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Erzieherin hinter die Pflicht des öffentlichen Trägers einer kinderbetreuenden Einrichtung zur weltanschaulichen Neutralität, das Erziehungsrecht der Eltern und die negative Glaubensfreiheit der Kinder und Eltern zurücktreten lassen, um die Neutralität der Kindertagesstätten und deren Einrichtungsfrieden zu sichern. 30

(1) Zwar schützt nach der Rechtsprechung Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nicht nur die innere Glaubensfreiheit, sondern auch die äußere Freiheit, den Glauben in der Öffentlichkeit zu manifestieren und zu bekennen. Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren des Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln (*BVerfG 17. Dezember 1975 - 1 BvR 63/68 - zu C I 2 b der Gründe, BVerfGE 41, 29*). Auf Seiten der Kinder und Eltern entspricht dem aber umgekehrt die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben. Zwar hat der Einzelne in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen gänzlich verschont zu bleiben. Davon ist aber eine vom Staat geschaffene Lage zu unterscheiden, in der ein Einzelner dem Einfluss und den Symbolen eines bestimmten Glaubens ausgesetzt wird. Insofern entfaltet Art. 4 Abs. 1 GG seine freiheitssichernde Wirkung gerade in den Lebensbereichen, die nicht der gesellschaftlichen Selbstorganisation überlassen sind, sondern in denen der Staat Vorsorgeleistungen anbietet (*BVerfG 16. Mai 1995 - 1 BvR 1087/91 - zu C II 1 der Gründe, BVerfGE 93, 1*). 31

Gemeinsam mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, der den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als natürliches Recht garantiert, umfasst Art. 4 Abs. 1 GG auch das Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. Es ist Sache der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten. Dem entspricht das Recht, die Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten, die den Eltern falsch oder schädlich erscheinen (*BVerfG 16. Mai 1995 - 1 BvR 1087/91 - aaO*).

(2) Die Vermeidung religiöser/weltanschaulicher Konflikte in öffentlichen Kitas stellt ein gewichtiges Gemeingut dar. Zu diesem Zweck sind gesetzliche Einschränkungen der Glaubensfreiheit rechtlich zulässig. Dabei ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die landesgesetzliche Regelung religiöse Bekundungen von Erziehern in KiTas ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls untersagt. Der Gesetzgeber darf Gefährdungen des KiTa-Friedens auch dadurch vorbeugen, dass er Erziehungskräften bereits das Tragen religiös bedeutsamer Kleidungsstücke oder Symbole verbietet und Konflikt vermeidende Regelungen nicht an die konkrete Gefahr einer drohenden Auseinandersetzung knüpft (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 28, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2; 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - Rn. 22, AP GG Art. 4 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 4; BVerwG 26. Juni 2008 - 2 C 22.07 - BVerwGE 131, 242; 16. Dezember 2008 - 2 B 46.08 - ZTR 2009, 167, zum Schulbereich*).

(3) Diese von der Rechtsprechung zu den Schulgesetzen entwickelten Grundsätze gelten auch für Erzieher einer KiTa in öffentlicher Trägerschaft. 33

Maßgebliche Unterschiede zwischen Schulen und Kindertagesstätten sind nicht erkennbar. Zwar liegt dem Schulbesuch die gesetzliche Schulpflicht zugrunde. Zum Besuch einer KiTa besteht eine solche Pflicht nicht. Es steht den Erziehungsberechtigten grundsätzlich frei, ob sie ihr Kind in eine (*bestimmte*) KiTa schicken wollen oder nicht (*vgl. Hess. VGH 30. Juni 2003 - 10 TG 553/03 - NJW 2003, 2846*). Deshalb besteht auch keine vom Staat geschaffene „Zwangssituation“, in der der Einzelne dem Einfluss eines anderen 34

Glaubensbekenntnisses ohne Ausweichmöglichkeiten ausgesetzt ist. Gleichwohl ist das landesrechtliche Bekundungsverbot nicht unverhältnismäßig (*anders ArbG Dortmund 16. Januar 2003 - 6 Ca 5736/02 - zu I 3 c der Gründe; Engelken VBl. BW 2006, 209 f.*). Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII haben Eltern einen Anspruch auf Besuch einer Tageseinrichtung zur Kinderbetreuung. Verwies man sie auf andere KiTas des kommunale oder gar eines anderen Trägers, so wäre dies - ungeachtet der Frage der Zumutbarkeit eines Wechsels - spätestens dann problematisch, wenn der kommunale Träger keine KiTas anbieten könnte, in der keine kopftuchtragenden oder andere religiöse Bekundungen abgebenden Erzieherinnen beschäftigt werden. Eine Verweisung der Eltern auf andere KiTas eines freien Trägers wäre hingegen mit dem Anspruch aus § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII schwerlich vereinbar. Hinzu kommt, dass zahlreiche faktische Zwänge einem Besuch einer anderen KiTa entgegenstehen können, wie beispielsweise die nur geringe Anzahl von KiTas im ländlichen Raum oder die Nähe einer Einrichtung zum Wohn- oder Arbeitsort der Eltern (*siehe Wittinger VBl. BW 2006, 169, 170*).

dd) § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW greift nicht in verfassungswidriger Weise in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden (*Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG*) ein. 35

(1) Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden gegenüber dem Bund und den Ländern das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Diese Gewährleistung sichert ihnen grundsätzlich einen alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich („Allzuständigkeit“) sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich. Der Gesetzesvorbehalt erlaubt es dem Gesetzgeber nicht, die kommunale Selbstverwaltung völlig zu beseitigen oder derart auszuhöhlen, dass den Gemeinden kein ausreichender Spielraum mehr bleibt. Als institutionelle Garantie verbürgt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden aber nicht die Selbstverwaltungsrechte in allen Einzelheiten. Gesetzliche Beschränkungen der Selbstverwaltung sind mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar, wenn und soweit sie deren Kernbereich unangetastet lassen (*BVerfG*) 36

7. Oktober 1980 - 2 BvR 584/76, 2 BvR 598/76, 2 BvR 599/76, 2 BvR 604/76 - zu C II 3 a der Gründe, BVerfGE 56, 298).

(2) Zum gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht gehört auch die Personalhoheit. Diese umfasst vor allem die Befugnis, das Gemeindepersonal auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen. Allerdings sind auch hier Beschränkungen mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn der Kernbereich unangetastet bleibt (*BVerfG 26. November 1963 - 2 BvL 12/62 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 17, 172*). 37

(3) § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW beschränkt zwar die Personalhoheit der Gemeinden, wenn vom Gemeindepersonal bestimmte Verhaltensweisen und von der Gemeinde als Arbeitgeber die Umsetzung dieser Pflichten verlangt werden. Darin liegt aber eine zulässige Beschränkung der nicht absolut geschützten gemeindlichen Personalhoheit. Sie unterliegt der Ausformung durch den Gesetzgeber, der dabei seinerseits durch die Selbstverwaltungsgarantie gesetzlich gebunden ist (*BVerfG 26. Oktober 1994 - 2 BvR 445/91 - zu C III 2 der Gründe, BVerfGE 91, 228*). Nur der Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung darf nicht ausgehöhlt werden (*BVerfG 26. Oktober 1994 - 2 BvR 445/91 - zu C I 2 a der Gründe, aaO*). Im Streitfall hat der Landesgesetzgeber die Personalentscheidungsbefugnis der Kommunen nicht übermäßig begrenzt. Er hat lediglich einen Teilaspekt der Verhaltenspflichten des Gemeindepersonals geregelt. Eine rechtswidrige „Aushöhlung“ der Personalhoheit ist darin nicht zu sehen. Auch in anderer Hinsicht sind Beschränkungen der Auswahlbefugnis der Gemeinden anerkannt, beispielsweise bei der Einstellung von Frauenbeauftragten (*BVerfG 26. Oktober 1994 - 2 BvR 445/91 - zu C III 2 der Gründe, aaO; Wittinger VBl. BW 2006, 169, 173*). 38

ee) § 7 Abs. 6 KiTaG BW verletzt den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht. Die Regelung behandelt die verschiedenen Religionen nicht unterschiedlich. Sie erfasst jede Art religiöser Bekundung unabhängig von deren Inhalt. Christliche Glaubensbekundungen werden nicht bevorzugt. Dies gilt auch mit Blick auf § 7 Abs. 6 Satz 3 KiTaG BW. Nach dieser Bestimmung widerspricht die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Art. 12 Abs. 1 Landesver- 39

fassung Baden-Württemberg und die entsprechende Darstellung christlicher Traditionen nicht dem Verhaltensgebot des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW. Gegenstand der Regelung in Satz 3 der Vorschrift ist die Darstellung, nicht die Bekundung christlicher Werte. Bestimmte Werte darzustellen heißt, sie zu erörtern und zum Gegenstand einer Diskussion zu machen. Das schließt die Möglichkeit der Rückfrage und Kritik ein. Die Darstellung christlicher Traditionen ist nicht gleichzusetzen mit der Bekundung eines individuellen Bekenntnisses. Bei ihr geht es nicht um die Kundgabe innerer Verbindlichkeiten, die der Darstellende für sich anerkannt hätte. Außerdem bezeichnet der Begriff des „Christlichen“ - ungeachtet seiner Herkunft aus dem religiösen Bereich - eine von Glaubensinhalten losgelöste, aus der Tradition der christlich-abendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt, die erkennbar auch dem Grundgesetz zugrunde liegt und unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beansprucht. Der Auftrag zur Weitergabe christlicher Bildungs- und Kulturwerte verpflichtet und berechtigt die Einrichtung deshalb nicht zur Vermittlung bestimmter Glaubensinhalte, sondern betrifft Werte, denen jeder Beschäftigte des öffentlichen Dienstes unabhängig von seiner religiösen Überzeugung vorbehaltlos zustimmen kann (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 24, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2; 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - Rn. 23, AP GG Art. 4 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 4*).

ff) Die Regelung des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW behandelt die Klägerin auch nicht wegen ihres Geschlechts ungleich. Die Vorschrift verbietet religiöse Bekundungen unabhängig vom Geschlecht. Sie richtet sich nicht speziell gegen das von Frauen getragene sog. islamische Kopftuch (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 25, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2; 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - Rn. 24, AP GG Art. 4 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 4*). 40

b) § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW verstößt nicht gegen Art. 9 EMRK. 41

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat entschieden, 42
dass ein Verbot, während des Unterrichts an öffentlichen Schulen religiöse
Symbole zu tragen, eine gemäß Art. 9 Abs. 2 EMRK notwendige Einschränkung
der nach Abs. 1 der Bestimmung gewährleisteten Religionsfreiheit eines
Lehrers ist. Sie sei wegen der möglichen Beeinträchtigung der Grundrechte der
Schüler und Eltern gerechtfertigt, um die Neutralität des Unterrichts zu gewähr-
leisten. Auf dieser Grundlage hat der Gerichtshof sowohl das Verbot, während
des Unterrichts in einer Schweizer Grundschule ein islamisches Kopftuch zu
tragen, als mit der Religionsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 EMRK vereinbar an-
gesehen als auch das generelle Verbot für Studentinnen gebilligt, ein solches
Kopftuch an türkischen Hochschulen zu tragen (*EGMR 10. November 2005*
- 44774/98 - NVWZ 2006, 1389; 15. Februar 2001 - 42393/98 - NJW 2001,
2871).

Für die von den Gemeinden getragenen öffentlichen Kindertages- 43
betreuungseinrichtungen und deren Erzieher gilt nichts anderes. Der Eingriff ist
gesetzlich vorgesehen und in der demokratischen Gesellschaft zum Schutz der
Rechte und Freiheiten anderer - wie dargestellt - notwendig und verhältnis-
mäßig.

4. § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW verletzt als landesrechtliche Vorschrift 44
auch nicht das Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG. Zwar kann das
Bekundungsverbot zu einer unmittelbaren Benachteiligung einer Erzieherin aus
Gründen der Religion iSv. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 Abs. 1 AGG führen, weil die
Unterlassung ihrer religiösen Bekundung zu einer entscheidenden Bedingung
für die Ausübung ihrer Tätigkeit wird. Eine unterschiedliche Behandlung aus
religiösen Gründen zur Erfüllung einer wesentlichen beruflichen Anforderung ist
aber gemäß § 8 Abs. 1 AGG zulässig, wenn der Zweck rechtmäßig und die
Anforderung angemessen ist. Dies ist im Streitfall gegeben.

a) Der von der Regelung verfolgte Zweck, die Neutralität des Trägers und 45
den religiösen Einrichtungsfrieden zu garantieren, ist rechtmäßig.

b) Die gesetzliche Anforderung, religiöse Bekundungen in der Einrichtung zu unterlassen, ist angemessen. Sie untersagt eine äußere Kundgabe der eigenen religiösen Überzeugung lediglich während des Aufenthalts im Bereich der Einrichtung und besteht ausschließlich um der - negativen - Religionsfreiheit anderer und dem Erziehungsrecht der Eltern willen. Der Begriff der Angemessenheit erfordert es nicht, das Tragen religiös bedeutungsvoller Kleidungsstücke nur mit Blick auf die konkreten Umstände und Verhältnisse der jeweiligen Einrichtung zu untersagen. Eine landesgesetzliche Bestimmung, die sich als verfassungsmäßiger Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen erweist, ist angemessen im Sinne der bundesgesetzlichen Regelung des § 8 Abs. 1 AGG (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 27 - 29, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2; 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 - Rn. 26 - 28, AP GG Art. 4 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 611 Abmahnung Nr. 4*).

5. Die Klägerin kann sich nicht auf Vertrauensschutz berufen, weil sie bereits vor der Gesetzesänderung mit einem islamischen Kopftuch gearbeitet hat.

Vertrauensschutz in die bestehende Gesetzeslage kann nur dahingehend bestehen, dass neuen Gesetzen keine Rückwirkung beigelegt wird. Im Streitfall liegt aber weder eine echte noch eine unechte Rückwirkung vor. Das Gesetz kommt nicht auf Zeiten vor seinem Inkrafttreten am 18. Februar 2006 (*vgl. GBl. BW vom 17. Februar 2006 S. 17, 30, 32*) zur Anwendung. Dass die Klägerin Dispositionen in der Erwartung getroffen haben mag, die Rechtslage werde sich nicht ändern, führt nicht zu einer für sie günstigeren Bewertung. Die bloße Annahme, rechtlich werde alles bleiben, wie es ist, genießt keinen Schutz (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 55/09 - Rn. 33, AP GG Art. 4 Nr. 7 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung Religion Nr. 2*).

III. Sonstige Gründe, die die Unwirksamkeit der Abmahnung zur Folge haben, sind nicht ersichtlich.

IV. Die Klägerin hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 50

Eylert

Berger

Gallner

Claes

Niebler