

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

von

Prof. Dr. Wolfgang Bock

Juristische Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
Der Gutachtauftrag	5
Vorbemerkung zu den Schwerpunkten des Gutachtens	6
I. Die erste Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 108, 282)	7
1. Die Ausgangslage	7
2. Das Urteil des Zweiten Senats vom 24. September 2003	8
a) Die rechtsdogmatischen Grundstrukturen der Entscheidung	8
b) Die tatsachenbezogenen Untersuchungen und Feststellungen	13
3. Kritische Bewertung	16
4. Aus der Kritik folgende Perspektiven	20
II. Das Berliner Neutralitätsgesetz	25
1. Das Kopftuchurteil des Zweiten Senats in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft	25
2. Zur Entstehungsgeschichte des Berliner Neutralitätsgesetzes	26
3. Der schulbezogene Regelungsgehalt des Berliner Neutralitätsgesetzes	26
III. Die zweite Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 138, 296) ..	28
1. Die Ausgangslage	28
2. Der Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015	28
a) Die rechtsdogmatischen Grundstrukturen der Entscheidung	28
b) Die tatsachenbezogenen Untersuchungen und Feststellungen	40
3. Kritische Bewertung	43
a) Den Beschluss unterstützende oder ihn weitertreibende Stimmen	43
b) Den Beschluss kritisierende Stimmen	44
4. Gesamtbewertung	47
IV. Der Geltungsvorrang angesichts divergierender Entscheidungen von Senaten des Bundesverfassungsgerichts	51
1. Notwendige Bedingungen einer Divergenz	52
2. Stimmen gegen die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage	53
3. Stimmen für die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage	55
4. Die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage seitens des Ersten Senats	57
5. Ein Geltungskonflikt als Folge der Divergenz zwischen den Entscheidungen zweier Senate	59
a) Unzuständigkeit als Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters	59

b) Unterlassene Divergenzvorlage als Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters?	61
c) Erfolgsaussichten und Bedeutung einer entsprechenden Rüge	63
6. Die praktischen Folgen des fortbestehenden Geltungskonflikts der beiden Entscheidungen	63
a) Geltungskonflikt als rechtliches Neuland	63
b) Die Konsequenzen des Geltungskonflikts zwischen den Entscheidungen zweier Senate ..	64
V. Die weitere Rechtsprechung	66
1. Die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts	66
a) Der Kammerbeschluss des Ersten Senats zum Kopftuch der Erzieherin	66
b) Der Kammerbeschluss des Zweiten Senats zum Kopftuch der Rechtsreferendarin	67
2. Die Kraft des Unionsrechts und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	69
3. Die Europäischen Gerichte	70
a) Das islamische Kopftuch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union	70
b) Kopftuch und Religionskulturen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	74
c) Ergebnis	83
VI. Exkurs: Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur	86
1. Das Bedeckungsgebot, das Kopftuch und die Stellung der Frau	87
2. Die Verbreitung dieser Auffassungen unter Muslimen	91
a) Verständnis und Durchsetzung der Scharia	91
b) Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft	92
3. Der Stellenwert von kulturell-sozialem Druck in der islamischen Religionskultur	93
4. Islamische Religionskultur in Schule und Klassenzimmer	98
5. Das Kopftuch der Lehrerin in der Schule als Phänomen der islamischen Religionskultur .	100
VII. Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 Neutralitätsgesetz mit dem Grundgesetz	101
1. Das Tragen des islamischen Kopftuchs als grundrechtlich geschütztes Handeln	101
2. Die Dienstpflicht zu Zurückhaltung, amtsangemessener Neutralität und Mäßigung	102
3. Das schulische Amt als Quelle dienstlicher Pflichten von Lehrkräften	102
4. Dienstliche Pflichten als Schranken von Grundrechten?	103
5. Erforderlichkeit und Gehalt einer gesetzlichen Regelung	103
6. Der Umfang des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages	103
7. Der Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität und die Dienstpflichten der Lehrkräfte	104

8. Der Schulfrieden und seine Aufrechterhaltung	105
9. Zentrale Ziele für landesgesetzliche Regelungen	105
10. Problematische Folgen einer islamischen Religionskultur	106
11. Die Verbreitung islamischer Religionskultur unter Schülerinnen und Schülern in Berlin ..	106
12. Wirkungen des Kopftuchtragens der Lehrerin auf muslimische Schülerinnen und Schüler	107
13. Die negative Religionsfreiheit muslimischer Schülerinnen und die Pflichten der Lehrkräfte	108
14. Die negative Religionsfreiheit als Schutz vor religiösen Auseinandersetzungen in der Schule	108
15. Die Dienstpflichten der Lehrkräfte und die Wirkung des islamischen Kopftuchs	109
16. Die Förderung religionskultureller Konflikte in der Schule durch das Kopftuch der Lehrerin	109
17. Vorbeugen gegen Grundrechtsverletzungen statt Nachsorgen im Fall konkreter Gefahr ..	110
18. Die negative Religionsfreiheit und die Elternrechte	110
19. Fehlende Wahrnehmung der Hypothesen islamischer Religionskultur in der Rechtsprechung	110
20. Die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers von Berlin	111
21. Prinzipien des Grundgesetzes als Rechtfertigung des Berliner Neutralitätsgesetzes	111
VIII. Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 Neutralitätsgesetz mit dem Recht der EU	112
1. Die Religionsfreiheit gemäß Art. 10 EU-GRCharta i.V.m. Art. 9 EMRK	112
2. Das Recht auf Nichtdiskriminierung wegen Religionszugehörigkeit	114
3. Diskriminierung von weiblichen Lehrkräften durch ein Kopftuchverbot?	115
4. Das Unionsrecht und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	116
IX. Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 Neutralitätsgesetz mit Bundesrecht	117
1. Die Vereinbarkeit mit den Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes	117
2. Die Vereinbarkeit mit Art. 9 und Art. 14 EMRK	120
X. Ergebnis	121

Der Gutachtenauftrag

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?

Gutachten unter Berücksichtigung

- der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,
- der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und
- des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte,
- des Verhältnisses des Unionsrechts zur nationalen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
- sowie des Erziehungsauftrages des verfassungsrechtlich zur Neutralität verpflichteten Staates,
- möglicher Auswirkungen des äußeren Erscheinungsbildes von Pädagogen mit aussagekräftigen religiösen oder weltanschaulichen Symbolen auf Schülerinnen und Schüler (rechtliche Analyse)
- sowie der von Susanne Baer und Kirsten Wiese am 06.10.2008 im Auftrag des Landesstelle für Gleichbehandlung erstellen Expertise „Ist das Berliner Neutralitätsgesetz mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vereinbar?“

Vorbemerkung zu den Schwerpunkten des Gutachtens

Die rechtliche Analyse und Bewertung des Tragens von religiös konnotierten und aussagekräftigen Kleidungsstücken durch Pädagogen in der Schule hinsichtlich ihrer Wirkungen auf Schülerinnen und Schüler einerseits sowie auf den Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schule andererseits trifft auf zwei zentrale Hauptprobleme.

Das erste Problem ergibt sich daraus, dass die mit dieser Frage befassten Entscheidungen der zwei Senate des Bundesverfassungsgerichts (2003 und 2015) einander in fundamentalen Aspekten entgegenstehen. Da die zweite Entscheidung die gesetzlich zur Vermeidung eines solchen Konflikts vorgeschriebene Vorlage an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts umgangen hat, entstand ein im deutschen Verfassungsrecht wohl einmaliger Geltungskonflikt zwischen zwei einander inhaltlich gegenseitig ausschließenden Entscheidungen.

Das zweite Problem betrifft die tatsächlichen, jeder rechtlichen Bewertung zugrunde zu legenden Umstände. Die Gerichtsentscheidungen, aber auch die Mehrzahl der wissenschaftlichen Arbeiten zeigen ins Gewicht fallende Lücken bei der Aufklärung der kulturellen und religiösen Bedingungen und Folgen des Kopftuchtragens sowie der ihm im Islam zugeschriebenen Bedeutung. Da das von weiblichen Lehrkräften in Schule und Unterricht getragene islamische Kopftuch im Mittelpunkt der gesamten Kontroverse steht, beschränkt sich dieses Gutachten auf die diesbezüglichen Umstände und Tatsachen. Dass die Weltreligion Islam sich aus vielen unterschiedlichen Bewegungen, Gruppen und Strömungen zusammensetzt, erschwert die Aufgabe, darf aber nicht davon abhalten, die zentralen religiösen und kulturellen Tatsachen festzustellen. Das gilt jedenfalls insoweit, als ihre Kenntnis notwendig ist, um den Stellenwert des Tragens eines Kopftuchs mit allen Konsequenzen für den Bereich der Schule, des Unterrichts und des staatlichen Bildungsauftrages präzise zu bestimmen. Diese Aufgabe führt dazu, dass der Rahmen der rechtswissenschaftlichen Untersuchung in Richtung der Islamwissenschaft und der mit dieser Wissenschaftsdisziplin verbundenen weiteren Wissenschaftskonzeptionen sowie -methodiken ausgeweitet wird. Diese Überlegungen finden sich daher in einem gesonderten Exkurs. Dies ergibt sich aus der Notwendigkeit, zunächst eine Bilanz der tatsächlichen Feststellungen und Annahmen in den gerichtlichen Entscheidungen und in den wissenschaftlichen Stellungnahmen zu ziehen. Der Exkurs folgt einer darstellenden Untersuchung der tatsächlichen Feststellungen in den gerichtlichen Entscheidungen und in den sie begleitenden wissenschaftlichen Stellungnahmen, um als Unterbau der abschließenden rechtswissenschaftlichen Bilanzierung dienen zu können.

I. Die erste Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 108, 282)

1. Die Ausgangslage

Seitens der Schulbehörden an schulisches Lehrpersonal gerichtete Verbote, während des Unterrichts Kleidungsstücke mit religionsbezogener Konnotation zu tragen, wurden bis 2003, dem Jahr der ersten Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts überwiegend als rechtmäßig bewertet. Das zeigte sich in der Rechtsprechung¹ wie in der wissenschaftliche Literatur.² Allerdings gewann, nicht zuletzt auch aufgrund eines Anstoßes von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* ab 2001 in der Literatur eine Kritik am Kopftuchverbot an Raum, die das Ziel der Integration muslimischer Lehr-

¹ OVG Hamburg NVwZ 1986, 406ff.; BayVGH NvwZ 1986, 405f.; BVerwG, NVwZ 1988, 937 (938). Alle Entscheidungen betreffen die für Anhänger der Bhagwan-Vereinigung typischen roten bis orange-roten Kleidungsstücke.

² Beispielhaft insofern *Hermann Avenarius/Hans Heckel*, Schulrechtskunde, 7. Aufl., Neuwied/Kriftel 2000, S. 320f.: „Falls aber eine Lehrerin durch das Tragen des Kopftuchs eine Signalwirkung auslöst mit der Folge, daß das Kleidungsstück von Schülern und Eltern nicht nur als ein religiöses Symbol, sondern auch als ein politisches Zeichen kultureller Abgrenzung interpretiert werden muß, verletzt sie ihre Neutralitätspflicht sowie das Grundrecht der Religionsfreiheit der Schüler (Art. 4 GG) und das Recht der Eltern, ihre Kinder nach den eigenen religiös-weltanschaulichen Überzeugungen zu erziehen (Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 GG); sie verstößt überdies gegen die auf dem staatlichen Erziehungsauftrag beruhende Integrationsaufgabe der öffentlichen Schule. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß Schülerinnen islamischen Glaubens von den Eltern um so leichter gezwungen werden können, ein Kopftuch zu tragen, wenn sogar ihre muslimische Lehrerin diese Kleidung verwendet; sind sie religionsmündig [...], wird ihnen durch den elterlichen Druck die freie Entscheidung in glaubensrelevanten Fragen erschwert.“ Für die Rechtmäßigkeit eines Kopftuchverbots für Schullehrerinnen bis 2003: *Johann Bader*, Darf eine muslimische Lehrerin in der Schule ein Kopftuch tragen?, VBIBW 1998, 361; *Ulrich Battis*, NJW 1981, 959; *ders.*, Kopftuchverbot im Schuldienst, Zeitschrift für Tarifrecht 1998, 529; *Michael Bertrams*, Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus des Grundgesetzes, DVBl. 2003, 1225ff.; *Helmut Goerlich*, Distanz und Neutralität – zum Kopftuch und anderen religiösen Symbolen, NJW 1999, 2929ff.; *ders.*, Religionspolitische Distanz und kulturelle Vielfalt unter dem Regime des Art. 9 EMRK, NJW 2001, 2862; *Christoph Goos*, Kreuzifix und Kopftuch – Anmerkungen zur Religionsfreiheit von Lehrerinnen und Lehrern, ZBR 2003, 221ff.; *Bernd Jeand'Heur/Stefan Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, Stuttgart u.a. 2000, Rdnr. 130; *Stefan Huster*, Warum die Lehrerin (k)ein Kopftuch tragen darf, in: Peter Häberle/Martin Morlok/Vassilios Skouris (Hg.), Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos zum 70. Geburtstag am 5. Mai 2003, 2003, S. 215ff.; *Karl-Hermann Kästner*, Religiös akzentuierte Kleidung des Lehrpersonals staatlicher Schulen, in: *ders./Knut Wolfgang Nörr/Klaus Schlaich* (Hg.), Festschrift für Martin Heckel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1999, S. 359ff.; *ders.*, Religiöse und weltanschauliche Bezüge in der staatlichen Schule, in: Claus Dieter Classen/Armin Dittmann/Frank Fechner/Ulrich M. Gassner/Michael Kilian (Hg.), „In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen ...“. Liber amicorum Thomas Oppermann, Berlin 2001, Berlin 2001, S. 827ff.; *Michael Ronellenfitsch*, Verwaltungsarchiv 1973, 254; *ders.*, Aktive Toleranz in der streitbaren Demokratie, in: Karl-Hermann Kästner/Knut Wolfgang Nörr/Klaus Schlaich (Hg.), Festschrift für Martin Heckel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1999, S. 427ff. (440f.).

Vgl. für die weitere Diskussion: *Anne Debus*, Machen Kleider wirklich Leute? - Warum der Kopftuchstreit wirklich so spannend ist, NVwZ 2001, 1355ff.; *Ralf Halfmann*, Der Streit um die „Lehrerin mit Kopftuch“, NVwZ 2000, 862; *Michael Heinig/Martin Morlok*, Von Schafen und Kopftüchern, JZ 2003, 777ff.; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsschutz vor staatlich aufgedrängter Ansicht. Das Kopftuch der Lehrerin als Exempel, in: Josef Isensee/Wilhelm Rees/Wolfgang Rübner (Hg.), Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 259-298; *ders.*, Das elterliche Erziehungsrecht im Hinblick auf Religion, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hg.), HdbdStKR, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1996, S. 371ff.; *Christine Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, Tübingen 2001, S. 544ff.; *Sonja Lanzerath*, Religiöse Kleidung und öffentlicher Dienst. Zur Zulässigkeit dienstrechtlicher Bekleidungsverbote in Schule, Gerichtsbarkeit und Polizei, Frankfurt am Main 2003; *Gregor Thüsing*, Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, 405ff.; *Jürgen Schwabe*, DVBl. 2004, 616.

und Erziehungskräfte mittels Stärkung der ihnen zustehenden Grundrechte in den Vordergrund rücken wollte.³

2. Das Urteil des Zweiten Senats vom 24. September 2003

a) Die rechtsdogmatischen Grundstrukturen der Entscheidung

In seiner ersten Entscheidung zum Tragen eines Kopftuchs seitens muslimischer Lehrerinnen entwickelt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts neue verfassungsrechtsdogmatische Positionen, die teils in der Wissenschaft umstritten oder teils sogar weder wissenschaftlich noch praktisch erörtert worden waren.

Erstens wird das Tragen des religiös konnotierten Kopftuchs durch Lehrkräfte aus religiösen Gründen in der Schule dem Schutz der Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 GG unterstellt. Zweitens wird für die Rechtmäßigkeit eines Verbots gegenüber Lehr- und Erziehungskräften, ausdrucksstarke religiöse Symbole und Kleidungsstücke in staatlichen Schulen wie vergleichbaren Einrichtungen zu tragen, anders als bisher eine besondere gesetzliche Grundlage gefordert. Drittens werden die Landesgesetzgeber vor die Alternative gestellt, entweder generell ein solches Verhalten in Schulen und Erziehungsstätten mit Wirkung für alle Religionen zu untersagen oder es in gleichem Maße für alle Religionen zuzulassen.

Zunächst werden dazu die gesicherten, im wesentlich unumstrittenen Grundlagen umrissen: Die Grundrechte gelten auch im Beamtenverhältnis, „wobei der Pflichtenkreis des Beamten gemäß Art. 33 Abs. 5 GG dessen rechtliche Möglichkeit begrenzt, von Grundrechten Gebrauch zu machen“.⁴ Grenzen können sich aus allgemeinen Anforderungen an den öffentlichen Dienst oder aus besonderen Erfordernissen des jeweiligen öffentlichen Amtes ergeben.⁵ Im nächsten Schritt – die Beschwerdeführerin beehrte den Zugang zum öffentlichen Dienst – nähert sich der Senat dem

³ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723ff.; *Ulf Häußler*, Religion und Integration, ZAR 1999, 32; *Stefan Koriath*, in: Maunz/Dürg/Herzog/Scholz, GG, Art. 140 GG/Art. 136 WRV (Bearb. 2003), Rn. 61ff.; *Lothar Michael*, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 4.7.2002, JZ 2003, 256ff.; *Martin Morlok/Julian Krüper*, Auf dem Weg zum „forum neutrum“ - Die „Kopftuch-Entscheidung“ des BVerwG, NJW 2003, 1020ff.; *Stefan Muckel*, Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch?, in: Heinrich de Wall/Michael Germann (Hg.), Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 331ff.; *Diana Zacharias*, Der Streit um das Kopftuch, KuR 2002, 115ff.; *Rüdiger Zuck*, Nur ein Kopftuch? Die Schavan-Ludin-Debatte, NJW 1999, 2948f.

⁴ BVerfGE 108, 282ff. Rn. 34 unter Verweis auf BVerfGE 39, 334 (366f.).

⁵ Ebd. mit Hinweis auf BVerfGE 56, 227 (228f.).

grundrechtlichen Wirkungsfeld an: Zugangsbegrenzungen im Hinblick auf künftiges grundrechtlich geschütztes Verhalten müssen vor dem betroffenen Grundrecht zu rechtfertigen sein.⁶ Hinsichtlich der für die Einstellung von Bewerbern erforderlichen Prognoseentscheidung und der insofern geltenden rechtlichen Maßstäbe wendet der Zweite Senat bewährte beamtenrechtliche Grundsätze an.⁷ Implizit unter Zurückweisung der Minderheitsauffassungen, die entweder für einen engeren Schutzbereich der Religionsfreiheit plädieren oder von einem Art. 136 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG zu entnehmenden Gesetzesvorbehalt ausgehen, sowie auf der Grundlage des in Rechtsprechung und Wissenschaft vorherrschenden weiten Verständnisses des Schutzbereichs der Religionsfreiheit⁸ wird ein staatliches Verbot, religiös begründeten, als verpflichtend verstandenen Bekleidungsregeln zu folgen, als Grundrechtseingriff qualifiziert.⁹ Entsprechend der allgemeinen Grundrechtsdogmatik ist eine derartige Einschränkung der Religionsfreiheit aus der Verfassung selbst zu begründen: Dem Grundrecht entgegenstehende verfassungsrechtlich geschützte Güter oder Interessen müssen – hier entfalten die Wesentlichkeitstheorie sowie der grundrechtlich geforderte Gesetzesvorbehalt ihre Kraft – die Einschränkung rechtfertigen. Auf grundrechtsdogmatisch wohl begründeten Wegen bewegt sich der Senat auch noch, wenn er für die Einschränkung der Glaubensfreiheit eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage fordert.¹⁰ Dies gilt auch für den Zugang zum öffentlichen Dienst und damit für die von der Beschwerdeführerin begehrte Zulassung zum Vorbereitungsdienst (Art. 33 Abs. 3 GG).¹¹

Das Tragen eines Kopftuchs „durch die Beschwerdeführerin auch in der Schule fällt unter den Schutz der in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verbürgten Glaubensfreiheit.“¹² Mit diesem Satz betritt der Zweite Senat Neuland: In früheren Entscheidungen zur religiösen Bekleidung von Lehrern (Osho-Vereinigung) und zu politischen Meinungsbekundungen wurde diese Grundfrage angesichts der unbestrittenen dienstrechtlichen Pflicht des Lehrpersonals zu Zurückhaltung und Mäßigung nicht

⁶ Ebd.

⁷ A.a.O., Rn. 35: Die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für ein öffentliches Amt durch den Dienstherrn umfasst eine vorausschauende Aussage darüber, ob der Betreffende die ihm im angestrebten Amt obliegenden beamtenrechtlichen Pflichten erfüllen können wird. Dieses prognostische Urteil des Dienstherrn beinhaltet einen weiten Beurteilungsspielraum. Rechtlich ist er nur darauf zu überprüfen, ob ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt worden ist, der beamten- und verfassungsrechtliche Rahmen verkannt worden ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet worden sind oder sachfremde Erwägungen angestellt worden sind. Die dabei zugrunde zu legenden beamtenrechtlichen Pflichten müssen hinreichend bestimmt sein und die durch die Grundrechte gesetzten Grenzen beachten.

⁸ Vgl. zum vorherrschenden weiten Verständnis des Schutzbereichs der Religionsfreiheit *Martin Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“?, AöR 134 (2009), 309ff. (377ff.); *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 59ff.; *Juliane Kokott*, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 32.

⁹ A.a.O., Rn. 37f.

¹⁰ A.a.O., Rn. 38 unter Anführung von BVerfGE 83, 130 (142).

¹¹ A.a.O., Rn. 39.

¹² A.a.O., Rn. 40.

für entscheidungserheblich erachtet und insoweit vom Zurücktreten der grundrechtlich geschützten Freiheiten der Lehr- und Erziehungskräfte ausgegangen.¹³

Der Zweite Senat wollte angesichts der rechtlich streitigen Lage klären, welche Anforderungen ein Verbot des Kopftuchtragens für Lehrerinnen in der Schule erfüllen muss. Er wollte damit den vor diesem Problem stehenden Ländern die verfassungsrechtlichen Wege klar beschreiben. Angesichts der Neubewertung der grundrechtlichen Ausgangssituation lauteten die für die Zulässigkeit eines Kopftuchverbots entscheidenden Fragen: (1) Stehen der Ausübung von Religionsfreiheit insoweit Rechtsgüter mit Verfassungsrang entgegen? (2) Sofern eine auf diese Rechtsgüter gestützte Begrenzung des Grundrechts der Religionsfreiheit möglich ist, welchen Kriterien hat dann eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage zu genügen?

Vier derartige Rechtsgüter kommen für das Gericht in wohl erschöpfender Aufzählung in Betracht: erstens der unter weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllende staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG), zweitens das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG), drittens die negative Glaubensfreiheit der Schüler und Schülerinnen (Art. 4 Abs. 1 GG) und viertens der das staatliche Religionsrecht des Grundgesetzes kennzeichnende Grundsatz der staatlichen Neutralität.¹⁴ Das Gericht will ersichtlich Gestaltungsperspektiven für die Landesgesetzgebung bestimmen. An erster Stelle steht dabei der staatliche Erziehungsauftrag: Wie ihn der Staat eigenständig in der Schule verwirklicht, ihn im einzelnen erfüllt und „insbesondere in welchem Umfang religiöse Bezüge in der Schule ihren Platz haben sollen, unterliegt innerhalb der vom Grundgesetz, vor allem in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, abgesteckten Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Länder“.¹⁵ Daraus ergibt sich die Notwendigkeit eines Abwägungsprozesses, der wegen der zu berücksichtigenden und notwendig unterschiedlich ausfallenden Faktoren in den einzelnen Ländern¹⁶ der Politik anheim zu stellen ist: „Das unvermeidliche Spannungsverhältnis zwischen positiver Glaubensfreiheit eines Lehrers einerseits und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der negativen Glaubensfreiheit der Schüler andererseits unter Berücksichtigung des Toleranzgebots zu lösen, obliegt dem demokratischen Landesgesetzgeber, der

¹³ Entsprechend betont das Minderheitsvotum das Zurücktreten der Religionsfreiheit vor dem sich aus dem öffentlichen Dienstrecht ergebenden Gebot der Mäßigung und Zurückhaltung im Politischen und Religiösen.

¹⁴ A.a.O., Rn. 42f.

¹⁵ A.a.O., Rn. 45.

¹⁶ A.a.O., Rn. 47: „Dies schließt ein, dass die einzelnen Länder zu verschiedenen Regelungen kommen können, weil bei dem zu findenden Mittelweg auch Schultraditionen, die konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung und ihre mehr oder weniger starke Verwurzelung berücksichtigt werden dürfen“ - mit Hinweis auf BVerfGE 41, 29 (50f.); 93, 1 (22f.).

im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiss zu suchen hat.¹⁷ Zwar gibt die negative Glaubensfreiheit grundsätzlich niemanden ein Recht darauf, von fremden Glaubenskundgebungen verschont zu werden. Anders ist die Lage in vom Staat kontrollierten Lebensbereichen und Räumen, in denen der Einzelne nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen Anspruch auf Freiheit gegenüber „dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt,“ geltend machen kann.¹⁸

In Verfolgung seines Ziels, eine sichere Orientierung für die Landesgesetzgebung zu geben, stellt der Senat gleichsam Leitsätze auf: „Diese Grundsätze gelten auch für die Beantwortung der Frage, in welchem Umfang Lehrern unter Beschränkung ihres individuellen Grundrechts der Glaubensfreiheit für ihr Auftreten und Verhalten in der Schule Pflichten in Bezug auf die Wahrnehmung der weltanschaulichen Neutralität des Staates auferlegt werden dürfen.“¹⁹

Auf der Grundlage einer Anhörung von Experten und in Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen der Fachgerichtsbarkeit bewertet der Senat Auswirkungen des Kopftuchtragens durch Lehrerinnen im schulischen Unterricht – dazu nachstehend unter (b). Seine Bewertung unter dem Aspekt der Beeinträchtigung anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter führt zu der Einschätzung, es handele sich „lediglich um abstrakte Gefahren“²⁰. Die gesamte Argumentation des Senats beruht darauf, dass gegen konkrete Gefahren für diese Rechtsgüter im Einzelfall die gegebenen beamten- und schulrechtlichen Instrumente ausreichen, sei es im Wege der dienstlichen Anweisung, des Disziplinarrechts oder mit sonstigen Mitteln. Spricht der Senat von (konkreten oder abstrakten) Gefahren, die vom Tragen des Kopftuchs ausgehen können, so bezeichnet er damit die Gefährdung der vorgenannten, verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter.²¹ Wo im einzelnen die Grenzen zwischen abstrakter und konkreter Gefahr zu ziehen sind, wird nicht genau definiert. Vielmehr werden nur mögliche Auswirkungen des Kopftuchtragens im einzelnen bewertet.

Die Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Gefährdung als tatsächlichen Auswirkungen des Kopftuchtragens von Lehrerinnen im schulischen Unterricht ist neu. Sie unterstützt das bereits genannte neue rechtsdogmatische Element: Angesichts des Vorliegens einer abstrakten Gefahr

¹⁷ A.a.O., Rn. 47.

¹⁸ A.a.O., Rn. 46 unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Kruzifix in der Schule.

¹⁹ A.a.O., Rn. 48.

²⁰ A.a.O., Rn. 49.

²¹ Ob damit eine schlichte Übertragung polizeirechtlich geprägter Termini vorgenommen wird, wie einige Kritiker monieren, kann daher in Frage gestellt werden.

durch das Kopftuchtragen bedürfe es zur Abgrenzung der unterschiedlichen rechtlichen Freiheiten bzw. Kompetenzen von Lehrern, Schülern, Eltern und Schulen eines Landesgesetzes. Denn die Einschränkung des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erfordere eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage. Erst sie ermögliche, eine Verletzung beamtenrechtlicher Pflichten seitens des Lehrpersonals oder eine mangelnde Eignung von Lehramtsanwärtern hinreichend bestimmt festzustellen.²² Der Senat geht rechtlich davon aus, dass mit einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage ein Kopftuchverbot für Lehrkräfte zu bewirken ist. Das betont er ausdrücklich.

In einem ersten Schritt wird nochmals die bestehende beamten- und schulrechtliche Lage überprüft: Sie rechtfertige aktuell kein derartiges Verbot.²³ In einem zweiten Schritt gibt der Senat eine klare rechtliche Leitlinie: Dem Landesgesetzgeber stehe „frei, die bislang fehlende gesetzliche Grundlage zu schaffen, etwa indem er im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben das zulässige Maß religiöser Bezüge in der Schule neu bestimmt“.²⁴ Zur Begründung verweisen die Richter auf den mit zunehmender religiöser Pluralität verbundenen gesellschaftlichen Wandel. Die Zurückhaltung bei der Beschreibung möglicher, damit verbundener und negativ zu bewertender Entwicklungen ist deutlich. Das Gericht setzt damit auf die Prärogative der politischen Willensbildung und der Gesetzgebung. In Reaktion auf den Wandel darf der Gesetzgeber das zulässige Ausmaß religiöser Bezüge in der Schule neu bestimmen²⁵: „Insoweit sind unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auch gesetzliche Einschränkungen der Glaubensfreiheit denkbar. Ist von vornherein absehbar, dass ein Bewerber solchen Verhaltensregeln nicht nachkommen wird, kann ihm dies dann als Mangel seiner Eignung entgegengehalten werden.“

Der weitestgehende rechtsdogmatische Schritt dieser Entscheidung ist die abschließende Konstruktion von zwei, als alternativ angesehenen Modellen der Schulkultur und -organisation: Der Landesgesetzgeber stehe vor der Wahl, entweder die religiöse Vielfalt in die Schule aufzunehmen, was auch ihre Nutzung als Mittel für die Einübung gegenseitiger Toleranz mit einschließen könne,

²² A.a.O., Rn. 49.

²³ A.a.O., Rn. 58-61: „Für ein mit der Abwehr abstrakter Gefährdungen begründetes Verbot für Lehrkräfte, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, reicht die im Land Baden-Württemberg geltende beamten- und schulrechtliche Gesetzeslage nicht aus. Die Tatsache allein, dass Konflikte für die Zukunft nicht auszuschließen sind, rechtfertigt es nicht, ohne eine darauf zugeschnittene Rechtsgrundlage aus dem allgemeinen beamtenrechtlichen Erfordernis der Eignung eine Dienstpflicht abzuleiten, nach der die Beschwerdeführerin in Schule und Unterricht auf die Betätigung ihrer Glaubensüberzeugung durch das Tragen eines Kopftuchs zu verzichten hätte.“ (Rn. 58) Auf der Grundlage der Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität im Bereich der Schule bieten weder der beamtenrechtliche Begriff der Eignung noch die allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten die „Grundlage für eine entsprechende Verpflichtung von Lehrern [...], die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung nicht äußerlich erkennbar werden zu lassen, um so möglichen Gefahren schon vorbeugend zu begegnen“ (Rn. 59).

²⁴ A.a.O., Rn. 62.

²⁵ Ebd.

oder die staatliche Neutralitätspflicht im Sinne einer strikteren und mehr als bisher distanzierenden Bedeutung im schulischen Bereich aufzufassen, was mit einschließe, „auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten, um Konflikte mit Schülern, Eltern oder anderen Lehrkräften von vornherein zu vermeiden“.²⁶ Die Entscheidung zwischen diesen beiden Modellen obliege dem demokratisch legitimierten Landesgesetzgeber: „Für die Beurteilung der tatsächlichen Entwicklungen, von der abhängt, ob gegenläufige Grundrechtspositionen von Schülern und Eltern oder andere Werte von Verfassungsrang eine Regelung rechtfertigen, die Lehrkräfte aller Bekenntnisse zu äußerster Zurückhaltung in der Verwendung von Kennzeichen mit religiösem Bezug verpflichten, verfügt nur der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative, die Behörden und Gerichte nicht für sich in Anspruch nehmen können.“²⁷

b) Die tatsachenbezogenen Untersuchungen und Feststellungen

Die sozialwissenschaftliche und kulturelle Bewertung der Wirkungen des Kopftuchtragens muslimischer Lehrerinnen und Erzieherinnen auf Kinder und Jugendliche sowie auf deren Eltern und in der Folge auch die rechtliche Beurteilung müssen sich auf festgestellte Tatsachen stützen. Welche tatsächlichen Feststellungen und Annahmen liegen der Aussage des Zweiten Senats zugrunde, „religiös motivierte und als Kundgabe einer Glaubensüberzeugung zu interpretierende Bekleidung von Lehrern“ könne Schulkinder beeinflussen sowie zu Konflikten mit Eltern führen, was dann wieder eine Störung des Schulfriedens und eine Gefährdung der Erfüllung des Erziehungsauftrags der Schule zur Folge haben könne?

Der Senat hat zu Kontexten des islamischen Kopftuchs von mehreren Sachverständigen Auskunft eingeholt: von Frau Dr. Karakasoglu (Essen) zu den Gründen junger Musliminnen in Deutschland für das Anlegen eines Kopftuchs sowie von Herrn Prof. Dr. Riedesser (Hamburg), Herrn Prof. Dr. Bliesener (Kiel) und Frau Psychologiedirektorin Leinenbach (Oberschulamt Stuttgart) zu Fragen einer möglichen Beeinflussung von Kindern im Grund- und Hauptschulalter durch religiöse Symbole in der Schule aus kinder- und entwicklungspsychologischer Sicht.

²⁶ A.a.O., Rn. 65.

²⁷ A.a.O., Rn. 66. Für dieses Erfordernis in seiner Zentralität für die Entscheidung führt der Senat weiter den Gesetzes- und den Parlamentsvorbehalt wie die Wesentlichkeitstheorie an (Rn. 67-70). Die verfassungsrechtliche gebotene Gleichbehandlung aller Religionsgemeinschaften „ist nicht in gleichem Maße gewährleistet, wenn es [anstelle des Gesetzgebers, W.B.] den Behörden und Gerichten überlassen bleibt, über das Bestehen und die Reichweite einer solchen Dienstpflicht von Fall zu Fall nach Maßgabe ihrer Prognosen über das Einfluss- und Konfliktpotenzial von Erkennungsmerkmalen der Religionszugehörigkeit im Erscheinungsbild der jeweiligen Lehrkraft zu entscheiden.“ (Rn. 71).

Der Senat versucht, eine detaillierte, sich auf empirische Feststellungen stützende Einschätzung der Bedeutung des von Musliminnen getragenen Kopftuchs zu gewinnen. Er fragt, ob dem Kopftuch „ein religiöser oder weltanschaulicher Aussagegehalt nach Art eines Symbols“ zukomme und will „die Wirkung des verwendeten Ausdrucksmittels ebenso [...] berücksichtigen wie alle dafür in Betracht kommenden Deutungsmöglichkeiten“.²⁸ Schon auf dieser prinzipiellen Ebene der Bestimmung der begrifflichen Instrumente, mit denen eine derartige Untersuchung zu führen ist, fällt auf, dass der Senat nicht strikt unterscheidet: zwischen der Wirkung des Kopftuchs und den sie herbeiführenden Mechanismen bei den Rezipienten auf der einen Seite und dem Selbstverständnis, den Aussagen und dem Verhalten der Trägerinnen auf der anderen Seite. Die Wirkung auf die Rezipienten kann völlig unabhängig von der subjektiven Haltung der Trägerin eintreten, was ebenfalls Thema der Untersuchung zu sein hat.

Erstaunlicherweise stellt der Senat für die Wirkung des Kopftuchs im Ergebnis aber zentral auf das mögliche Selbstverständnis der es tragenden Person, ihre Motivation und ihr sonstiges Verhalten ab. Im Zentrum der Deutungsmöglichkeiten des Kopftuchtragens stehen die Motivation der Trägerin: das Einhalten als verpflichtend empfundener, religiös fundierter Bekleidungsregeln, das Festhalten an Traditionen der Herkunftsgesellschaft oder der Familie und die Bewahrung eigener Identität in einer Diasporasituation.²⁹ Diese subjektive Seite verdrängt andere, in islamisch geprägten Kulturen möglicherweise vorherrschende Bedeutungen. Ein Verständnis des Kopftuchs als mit dem islamischen Fundamentalismus verbundenes politisches Symbol für „Abgrenzung zu Werten der westlichen Gesellschaft, wie individuelle Selbstbestimmung und insbesondere Emanzipation der Frau“ lehnt der Senat ab, indem er die individuelle Motivation der Beschwerdeführerin betont: Sie wolle diese Botschaft nicht mit dem Tragen des Kopftuchs vermitteln.³⁰ Der Übersprung von den vielfältigen Motiven muslimischer Trägerinnen des islamisch verstandenen Kopftuchs hin zu möglichen, von Motivationen der Trägerinnen unabhängigen Wirkungen ist bemerkenswert:

„Die Forschungsergebnisse zeigen jedoch, dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau

²⁸ A.a.O., Rn. 50. Dass es zu Vergleichen mit dem christlichen Kreuz als religiösem Symbol kommt, weist auf eine fehlende Kenntnis der grundlegenden Unterschiede zwischen diesen beiden Religionen und ihren jeweiligen Kulturen hin.

²⁹ A.a.O., Rn. 51-56. Die wohl unreflektierte Übernahme eines hochproblematischen Männerbildes aus islamisch geprägten Kulturen zeigt sich in der nicht kommentierten Aussage, das Kopftuch als Zeichen für sexuelle Nichtverfügbarkeit ermögliche es seiner Trägerin, mehr eigenständigen Schutz zu erlangen. Ob damit nicht eine Übergriffbarkeit von (muslimischen?) Männern gegenüber (muslimischen und/oder nichtmuslimischen?) Frauen als Konstante vorausgesetzt wird, bedürfte zumindest der Diskussion.

³⁰ A.a.O., Rn. 51.

verkürzt werden darf. Vielmehr kann das Kopftuch für 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.“³¹

Allerdings belegt der Senat nicht, dass muslimische Schülerinnen und Schüler das Kopftuch ebenso sehen. Die Aussage, „erst bei Hinzutreten von Konflikten zwischen Eltern und Lehrern“ seien im Zusammenhang mit dem Kopftuch der Lehrerin „belastende Auswirkungen insbesondere auf jüngere Schülerinnen und Schüler zu erwarten“, zeigt, dass dem Senat ein Hauptproblem des von muslimischen Lehrerinnen als islamisch getragenen Kopftuchs nicht präsent war: Intrafamiliäre Konflikte über das Tragen eines Kopftuchs setzen muslimische Schülerinnen oft unter erheblichen Druck; dabei können Pro- und Kontrapositionen von Eltern und Familienmitgliedern, aber auch von den Töchtern eingenommen werden.³² Eine das Kopftuch tragende muslimische Lehrerin kann den Konflikt für eine Schülerin bis zur Unerträglichkeit zuspitzen. Es kommt die Möglichkeit hinzu, dass muslimische Mitschüler und Mitschülerinnen Druck ausüben können, was zu bis hin zu systematischem Mobbing reichen kann.³³

Für die Frage, ob sich aus dem Willen einer Lehrerin, ein Kopftuch im Unterricht zu tragen, ein Eignungsmangel ergeben kann, stellt die Senatsmehrheit – anknüpfend an ihre Inbezugnahme „aller Deutungsmöglichkeiten“ und in einem gewissen Widerspruch zur im Ergebnis einseitigen Betonung der subjektiven Motive – auf den objektiven Empfängerhorizont ab. Wer aber zu den objektiven Empfängern gehören und damit diese Gruppe konstituieren soll, wird nicht ausgeführt. Bei der Beurteilung der möglichen Wirkung des Kopftuchs auf einen Betrachter, seien „alle denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen eines Kopftuchs verstanden werden kann“, zu berücksichtigen.³⁴ Dieser Ansatz wird dann aber nicht weiter verfolgt.

³¹ A.a.O., Rn. 52.

³² Grundlegend: *Reinhard Hocker*, Erfahrungen und Orientierungen junger muslimischer Migranten – Einblicke in Biographien, in: Wolfgang Bock (Hg.), *Islamischer Religionsunterricht?*, 2. Aufl. 2007, S. 197ff. (200-204); für kritische Stimmen vgl. nur *Friedhelm Hufen*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 68 (2009), S. 114.

³³ Vgl. dazu den Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“, S. 86ff.

³⁴ A.a.O., Rn. 53.

3. Kritische Bewertung

Das selbstgesetzte Ziel, die Wirkung des Tragens eines islamisch konnotierten Kopftuchs durch Lehrkräfte in der Schule unter Berücksichtigung aller denkbaren Möglichkeiten des Verständnisses des Kopftuchs festzustellen, verfehlt die Senatsmehrheit aus mehreren Gründen. Das Gericht unterscheidet nicht trennscharf zwischen Wirkung und subjektiven Bedingungen des Tragens. Es verwendet die Begriffe „Aussagegehalt“, „Wirkung des verwendeten Ausdrucksmittels“ und „Deutungsmöglichkeit“ so, dass es erstens auf den mit dem Kopftuchtragen verbundenen, von der Trägerin beabsichtigten Gehalt, zweitens auf seine Wirkung als Mittel des von der Trägerin gewollten Ausdrucks und drittens auf seine Wahrnehmung als einer subjektiv-individuellen Äußerung abstellt. Entgegen der ursprünglich weiteren Fragestellung blendet der Senat durch diese Subjektivierung und Individualisierung³⁵ die realen, tatsächlich feststellbaren und damit wesentlichen Wirkungen des Kopftuchtragens aus. Diese würden erst sichtbar werden, wenn die kulturelle, gleichsam kollektive Seite des Islams als einer nicht individuell, sondern gesellschaftlich verfassten Religion samt den damit verbundenen Gestaltungs- und Herrschaftsansprüchen in den Blick genommen würde. Die Untersuchung des Senats erschöpft sich aber im Wesentlichen in einer Aufzählung der von der Trägerin beabsichtigten und gestalteten Wahrnehmungsmöglichkeiten. Objektiv innerhalb des Islams als Religionsgemeinschaft bestehende religiöse Strömungen und Kulturen und die entscheidenden, den Islam seit langem prägenden innerreligiösen Kämpfe samt ihren Konsequenzen werden nicht in den Blick genommen. Nicht die unterschiedliche religiöse Orientierung von Schülern im allgemeinen, sondern das Selbstverständnis muslimischer Schülerinnen und Schüler in ihrem gegenseitigen Einwirken unter kulturell-religiösen Vorzeichen aufeinander und auf andere hätte thematisiert werden müssen. Die Kulturen der Schüler und ihre Auswirkungen auf die schulische Kultur des gemeinsamen Lernens werden nicht hinreichend erörtert. Es wird zwar die entwicklungspsychologische Sicht auf die individuellen Schüler zur Kenntnis genommen; das islamwissenschaftliche Fachwissen bezüglich islamisch geprägter Kulturen und Verhaltensweisen wird aber nicht herangezogen.

Zwei zentrale Charakterisierungen des islamischen Kopftuchs finden sich in diesem Urteil – insofern parallel zu zahlreichen Rechtsentscheidungen und wissenschaftlichen Arbeiten. Erstens soll das Kopftuch selbst eine Wirkung entfalten, die mit den unterschiedlichen ihm zugeschriebenen Aussagen zu tun hat. Zweitens soll das Kopftuch ein Symbol für bestimmte Überzeugungen

³⁵ Vergleichbar *Hinnerk Wißmann*, Religiöse Symbole im öffentlichen Dienst, ZevKR 52 (2007), 52-74 (71), verbunden mit dem Plädoyer für Einzelfallprüfungen (72ff.) um einzelnen Religionen entspringenden Gefahren entgegenzutreten zu können.

darstellen.³⁶

Generell können körperliche Gegenstände wie auch geistige bzw. andere kulturelle Produkte die Rolle von Symbolen annehmen: Symbolen werden über sie hinausweisende Bedeutungen zugeschrieben und diese können ihnen dann in der Folge kulturell auch entnommen werden. Religiöse Symbole können Gegenstände wie das Kreuz sein, dem im Christentum bestimmte Sinngehalte zugeschrieben werden und das sogar für diese Religion steht. Das Kopftuch wird dagegen zunächst innerhalb großer Teile des Islams, allerdings nicht durchgehend bei allen Muslimen, als ein für Frauen gebotenes Kleidungsstück angesehen.³⁷ Insofern ist es kein Symbol. Dazu würde es innerhalb des Islams erst dann, wenn ihm die Bedeutung einer Einhaltung des Kleidungsgebotes zugeschrieben würde. Jedoch hat es als solches innerhalb des Islams keine über das Gebot hinausgehende symbolische Funktion, steht also anders als das Kreuz im Christentum zunächst einmal nicht für die Gesamtheit dieser Religion. Die nachfolgend abgekürzt als institutionalisierter Mehrheitsislam beschriebenen, sich selbst als orthodox begreifenden Richtungen des Islams fordern, propagieren und realisieren eine dem Mann in vieler Hinsicht untergeordnete Rolle der Frau. Daher sehen sowohl liberal-aufgeklärte Muslime als auch außerhalb des Islams stehende Beobachter im Kopftuch ein Symbol für eine derartige Rolle von Frauen im Islam. Davon strikt zu unterscheiden ist seine reale gesellschaftlich-kulturelle Rolle im Islam, die über die eines Symbols deutlich hinausgeht.³⁸

Wirkung und Bedeutung eines Symbols ergeben sich sowohl aus seiner kulturellen Geschichte als auch aus seinem aktuellen Wahrnehmungszusammenhang. Religiöse Symbole sind für Personen, die außerhalb einer Religion stehen, nur eine Aussage mit religionsbezogenem Gehalt der sie zur Schau stellenden Person. Eine direkt missionierende oder sonst beeinflussende Wirkung ist mit der reinen Wahrnehmung von gleichsam „fremden“ Symbolen ganz regelmäßig nicht gegeben. Dazu bedarf es weiterer Mechanismen wie Ansehen der oder Vertrauen zu der es tragenden Person. Daher kann der Feststellung des Zweiten Senats, die Wirkung des von einer Lehrerin getragenen Kopftuches könne „deshalb besondere Intensität erreichen, weil die Schüler für die gesamte Dauer des Schulbesuchs mit der im Mittelpunkt des Unterrichtsgeschehens stehenden Lehrerin ohne Ausweichmöglichkeit konfrontiert“ seien, nur cum grano salis zugestimmt werden: Die Intensität der Einwirkung hängt nicht von der Dauer, sondern von der Existenz zusätzlicher Mechanismen auf

³⁶ Vgl. statt vieler: *Sarah Röhrig*, Religiöse Symbole in staatlichen Einrichtungen als Grundrechtseingriffe, Tübingen 2017, S. 8-12 zur Rechtsprechung; BVerfGE 108, 282 (304) Rn. 50; BAG, RdA 2003, 240 (244).

³⁷ Sowohl sich als säkular als auch sich als westlich-liberal verstehende Muslime sehen das Kopftuchtragen kritisch.

³⁸ Vgl. dazu den Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“, S. 86ff.

der Seite der Rezipienten ab (Vertrauensstellung von Lehrerinnen), was die Senatsmehrheit wenig thematisiert.

Die Auffassung des Senats, es mangle an sicheren empirischen Grundlagen für einen bestimmenden Einfluss des Kopftuchs der Beschwerdeführerin auf die religiöse Orientierung der Schulkinder ist – angesichts gewisser Defizite der Tatsachenerhebung – nachvollziehbar.³⁹ Der Senat beschreibt die Erkenntnislage als „ungesichert“. Die mangelnde empirische Grundlage zusammen mit der im Übrigen anzuerkennenden Vorsicht des Zweiten Senats erklärt, dass er die mit dem Kopftuchtragen verbundenen Gefährdungen für andere grundrechtlich geschützte Rechtsgüter als „abstrakte Gefahren“ bezeichnet. Das beinhaltet keine rechtsdogmatische Übernahme polizeirechtlicher Begriffe in das schulbezogene Anstalts-, Organisations- und Beamtenrecht. Die Aussage des Senats reflektiert in einem positiven Sinne die für ihn gegebene Unsicherheit der Lagebeurteilung: Denn neue tatsächliche Feststellungen könnten angesichts dieser Lage aus seiner Perspektive künftig neue Bewertungen der Rechtslage erfordern.

Der mangelnden vollständigen Ausschöpfung islamwissenschaftlicher Erkenntnisquellen entspricht das einseitige Überwiegen der Subjektivierung und der individualisierenden Personalisierung des Kopftuchtragens wie die Vernachlässigung der Ebene seiner objektiven und objektivierbaren Wirkung. Das zeigt die Aussage:

„Duldet der Staat in der Schule eine Bekleidung von Lehrern, die diese aufgrund individueller Entscheidung tragen und die als religiös motiviert zu deuten ist“, so macht er eine derart getroffene religiöse „Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen“.⁴⁰

Mit dieser Wendung wird eine rechtlich wie tatsächlich entscheidende Ebene ausgeklammert. Denn ergeben sich die Wirkungen des Kopftuchtragens und es betreffende Konflikte unabhängig von der individuellen Motivation der Lehrkraft, so ist die Frage der rechtlichen Zurechnung neu zu stellen. Erstens entsteht in einem derartigen Fall eine Wirkung durch das Verhalten der Lehrkraft ganz unabhängig von ihrer subjektiven Haltung. Zweitens wären in diesem Fall etwaige mit der Wirkung des Kopftuchs verbundene und durch sie verursachte Rechtsverletzungen immer dann dem Staat

³⁹ A.a.O., Rn. 55f.: „Eine derart ungesicherte Erkenntnislage reicht als Grundlage einer behördlichen Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Eignung, die erheblich in das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG eingreift, nicht aus.“

⁴⁰ A.a.O., Rn. 54.

zuzurechnen, wenn sich die Konflikte aus der objektiven Verfasstheit und Struktur des Islams und seiner unterschiedlichen Strömungen ergeben, zu Störungen der Lernprozesse in der Schule oder des Schulfriedens führen und als Konflikte und Konfliktlagen sogar mit einer gewissen Objektivität vorhersagbar sind. Wird diese Problematik in ihrer tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung nicht erkannt und hinreichend aufgeklärt, so werden Verletzungen der staatlichen Schulaufsicht und des mit ihr verbundenen Bildungs- und Erziehungsauftrages, ganz zu schweigen von den Grundrechten der Schüler und Eltern, in Kauf genommen.⁴¹

Die vom Zweiten Senat gegenüber der (von ihm nicht hinreichend klar erkannten) Problematik in Erwägung gezogenen oder vorgeschlagenen Möglichkeiten der Abhilfe sind dagegen nicht geeignet, der Schwierigkeiten Herr zu werden: Es könne „der religiöse Aussagegehalt eines Kleidungsstücks von der Lehrkraft den Schulkindern differenzierend erläutert und damit in seiner Wirkung auch abgeschwächt werden“.⁴² Der Senatsmehrheit drängt sich der Gedanke nicht auf, dass einer muslimischen Lehrkraft, die das Kopftuch aus religiöser Überzeugung trägt und darin die Erfüllung eines für sie geltenden islamischen Gebots sieht, kaum zuzumuten ist, ihr eigenes Verhalten religiös zu relativieren. Das wäre im Übrigen auch nicht von ihr zu erwarten. Das Minderheitsvotum beschreibt, dass sich die Beschwerdeführerin in diesem Konflikt völlig gefangen sah, da sie in der mündlichen Verhandlung sagte, „sie würde durch das Kopftuch ausgelöste Fragen wahrheitswidrig beantworten und wider ihre Glaubensüberzeugung behaupten, es handele sich nur um ein Modeaccessoire“. Denn eine wahrheitsgemäße Antwort, „sie trage das Kopftuch, weil sie anders ihre Würde als Frau in der Öffentlichkeit nicht wahren könne“, würde für Andersdenkende zu einem Konflikt zwischen den von ihr und den von ihnen vertretenen Wertvorstellungen führen.⁴³ Der Senatsmehrheit war offensichtlich nicht bewusst, dass im institutionalisierten orthodoxen Mehrheitsislam das äußerlich richtige Verhalten entscheidend ist und mehr zählt als die innere, damit möglicherweise verbundene Überzeugung. Das gilt in um so höherem Maße, als ein derart frauenspezifisches Bekleidungsgebot von der großen Mehrheit der islamischen Religionsgelehrten vertreten wird.⁴⁴

⁴¹ Die Ferne des Senats gegenüber der kulturellen Realität in den Klassenzimmern wird am folgenden Satz deutlich: „Für die Spannungen, die bei der gemeinsamen Erziehung von Kindern unterschiedlicher Weltanschauungs- und Glaubensrichtungen unvermeidlich sind, muss unter Berücksichtigung des Toleranzgebots als Ausdruck der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) nach einem Ausgleich gesucht werden“ (a.a.O., Rn. 44). Das Phänomen einer sich religiös begründenden Intoleranz und eines aggressiven Gruppendrucks wird mit dem Vorschlag eines zu findenden Ausgleichs kaum erfasst. In derartigen Fällen wird das vom Senat mit gutem Grund angeführte Prinzip der Menschenwürde voraussichtlich andere Mittel erfordern.

⁴² A.a.O., Rn. 54.

⁴³ A.a.O., Rn. 115. Diesen Konflikt wollte die Beschwerdeführerin durch Verstellung und nicht wahrheitsgemäße Aussagen vermeiden!

⁴⁴ Vgl. dazu den nachfolgenden Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“, S. 86ff.

4. Aus der Kritik folgende Perspektiven

Der Zweite Senat hat einerseits angesichts bestehender Unsicherheiten über die sich anbahnenden religiösen und kulturellen Veränderungen eine durch politische Zurückhaltung und richterliche Selbstbeschränkung ausgezeichnete, mutige Entscheidung gefällt, wobei er auch offene Lücken des verfügbaren Wissens konstatierte. Die Entscheidung will mit ihrer zentralen Aussage einen verfassungsrechtsdogmatisch sicheren Weg weisen: Die Landesgesetzgeber erhalten die Aufgabe, angesichts miteinander in Konflikt stehender verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter einen politisch gestalteten Ausgleich in Form neuer, demokratisch verantworteter Gesetze für den Schul- und Erziehungsbereich zu finden; sie können dabei auch in verfassungsrechtlich zulässiger Weise das Tragen des islamischen Kopftuchs wie anderer religiöser Symbole durch Lehrkräfte in der Schule beschränken. Die Senatsmehrheit gründet dieses Ergebnis auf neue rechtsdogmatische Konstruktionen. Als notwendige Folge dieses Weges können Länder zu verschiedenen Regelungen kommen, abhängig davon, welche Faktoren sie mit welchem Gewicht in Rechnung stellen.⁴⁵

Andererseits ist die Entscheidung angreifbar, weil die tatsächlich möglichen Wirkungen des islamisch konnotierten Kopftuchs in der Schule in doppelter Hinsicht nicht genau erfasst werden. Erstens wird nicht präzise zwischen der Wirkung und den subjektiven Bedingungen des Tragens unterschieden.⁴⁶ Zweitens werden die kulturell-religiösen Bedingungen und Mechanismen möglicher Wirkungen auf der Seite der Empfänger nicht genau genug untersucht und geklärt. Ob es sich beim islamischen Kopftuch um ein religiöses Symbol oder auch um ein tatsächliches Instrument der Gestaltung der Familien- und Geschlechterverhältnisse handelt, wird unter dem kulturell, sozial und religiös zu beleuchtenden Aspekt seiner Wirkung auf Schülerinnen und Schüler als mögliche Rezipienten nicht hinreichend untersucht und erörtert. Mangels islamwissenschaftlich fundierten Wissens kann die Frage der Zurechnung tatsächlicher Wirkungen nicht umfassend rechtlich analysiert und bewertet werden.

⁴⁵ A.a.O., Rn. 47 unter Verweis auf BVerfGE 41, 29 (50f.); 93, 1 (22f.). Dieser Teil der Entscheidung stieß in der wissenschaftlichen Literatur weitgehend auf Zustimmung, vgl. nur: *Helmut Goerlich*, Soziale Integration als Aufgabe des Rechts – am Beispiel der Rechtsprechung auf dem Weg zu einem Religionsrecht in gleicher öffentlicher Freiheit, in: Ralph Christensen/Bodo Pieroth (Hg.), *Rechtstheorie in praktischer Absicht – Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller*, 2008, S. 93-111 (97f.); *Stefan Mückl*, in: *Bonner Kommentar*, 2008 (Viertbearbeitung), Art. 4 Rn. 98; *Karl-Hermann Kästner*, in: *Bonner Kommentar*, 2010 (Drittbearbeitung), Art. 140 Rn. 240f., 243; *Michel Heinig*, Gerichtliche Auseinandersetzungen um Kreuz und Kopftuch, *ZevKR* 57 (2012), S. 82-91 (87) mit der Einschränkung, dass das Mäßigungsgebot nicht in seiner ganzen Bedeutung gesehen werde (89).

⁴⁶ Treffend kritisiert z.B. *Claudio Franzius*, Vom Kopftuch I zum Kopftuch II – Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitsprüfung?, *Der Staat* 54 (2015), 435-452 (444): „Wie sich der objektive Empfängerhorizont und das Selbstverständnis der Grundrechtsträgerin zueinander verhalten, bleibt freilich unklar.“

Der in diesen Zusammenhängen entwickelte – hier nicht polizeirechtlich zu verstehende – Begriff der abstrakten Gefahr für verfassungsrechtlich geschützte Güter als einer ausreichenden Grundlage für ein gesetzliches Verbot erhält seine Daseinsberechtigung nur dadurch, dass angesichts fehlender spezifisch tatsächlicher Untersuchungen keine konkrete Gefährdung dieser Rechtsgüter gesehen wird.⁴⁷ Dem Begriff der abstrakten Gefahr liegt ganz wesentlich eine angesichts der umfassenden Diskussionen über Islam und islamische Kultur nicht von der Hand zu weisende tatsächliche Annahme zugrunde, die „Tatsache allein, dass Konflikte für die Zukunft nicht auszuschließen sind“.⁴⁸ Trotz der nicht hinreichenden tatsächlichen Aufklärung der konkreten Möglichkeiten derartiger Konflikte ist diese Prognoseentscheidung als Aussage unter den Bedingungen von Unsicherheit gut vertretbar. Sie überträgt die Last der Argumentation und der Rechtfertigung von gesetzlichen Regelungen auf den jeweils zuständigen Gesetzgeber. Zwingend ergibt sich als Kernaussage der Mehrheitsentscheidung, dass mit einer entsprechenden Begründung ein Verbot möglich ist und gerechtfertigt sein kann. Da der Senat sich außerstande sieht, die konkreten tatsächlichen religiösen und kulturellen Mechanismen der Wirkung des islamischen Kopftuchs von Lehrkräften im schulischen Unterricht abschließend zu klären, verwundert es nicht, dass er für die vorbeugende Verhinderung von Konflikten nur noch allgemein auf die Zugehörigkeit der Lehr- und Erziehungskräfte zu irgendeiner Religion oder Weltanschauung abstellt⁴⁹ – als ob jede religiöse und weltanschauliche Kultur mit gleichen oder ähnlichen Konflikten belastet wäre oder zumindest sein könnte. Der Schritt hin zur abstrakten Gefährdungsmöglichkeit durch künftige Konflikte schafft auf diese Weise neue Probleme, weil für den Islam spezifische Konfliktmöglichkeiten auf alle anderen Religionen und Weltanschauungen übertragen werden.

Die Minderheit des Zweiten Senats stützt ihre abweichende Meinung auf zwei Gründe: Sie versteht das Recht des öffentlichen Dienstes als Restriktion grundrechtlicher Freiheit der Amtsträger, und sie geht von einer anderen Tatsachengrundlage und -bewertung aus.

Erstens stimmt sie der bis zu diesem Zeitpunkt vorherrschenden Rechtsauffassung zu: Lehrkräfte verstoßen gegen ihre Dienstpflicht, wenn sie im Unterricht Symbole tragen, „die objektiv geeignet sind, Hindernisse im Schulbetrieb oder gar grundrechtlich bedeutsame Konflikte im Schulverhältnis hervorzurufen“.⁵⁰ Auch wenn Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung des Schulfriedens

⁴⁷ A.a.O., Rn. 58: „Für eine konkrete Gefährdung des Schulfriedens durch das Auftreten der Beschwerdeführerin mit Kopftuch sind im fachgerichtlichen Verfahren keine greifbaren Anhaltspunkte sichtbar geworden.“

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ A.a.O., Rn. 59.

⁵⁰ A.a.O., Rn. 102: „Das von der Klägerin begehrte kompromisslose Tragen des Kopftuchs im Schulunterricht ist mit dem Mäßigungs- und Neutralitätsgebot eines Beamten nicht zu vereinbaren.“

fehlten, dürfe doch bei einer negativen Prognose die Eignung eines Beamtenbewerbers wegen nicht auszuräumender Zweifel auch ohne wissenschaftlich-empirischen Nachweis einer Gefahrenlage verneint werden.⁵¹ Diese Auffassung gibt den mit dem Amtsbegriff verbundenen rechtlichen Anforderungen einen hohen Stellenwert⁵² und schränkt die grundrechtlichen Freiheiten im öffentlichen Dienst entsprechend den Erfordernissen der amtlichen Tätigkeit ein, ohne über das Beamtenrecht hinaus eine gesetzliche Grundlage zu fordern.

Zweitens sieht die abweichende Meinung das Kopftuchtragen von Lehrerinnen als Ursache voraussehbarer Konflikte mit Schülern, mit deren Eltern und möglicherweise mit anderen Lehrern.⁵³ In der Beschreibung der für die Wirkung des islamischen Kopftuchs heranzuziehenden Tatsachen herrscht tendenziell größere Klarheit als im Mehrheitsvotum. Jedoch kennzeichnen zahlreiche relativierende Einschränkungen, Vorbehalte und Unklarheiten das Minderheitsvotum: Die tatsächlichen Grundlagen einer dem Mehrheitsvotum entgegengesetzten Rechtsauffassung werden nicht hinreichend geklärt. Richtig wird auf einen tatsächlichen Kern von Konflikten abgestellt: Das Kopftuch verursacht und fördert Wertkonflikte in der Schule. Das vermutet die Minderheit aber nur, indem sie zudem an subjektive Motivationen der Trägerin anknüpft:

„Die Beschwerdeführerin hat bekundet, sie fühle sich in ihrer Würde verletzt, wenn sie sich mit unbedecktem Haupthaar in der Öffentlichkeit zeige.“ „Im Umkehrschluss [liegt] nahe, dass eine Frau, die sich nicht verhüllt, sich ihrer Würde begibt. Eine solche Haltung ist geeignet, Wertkonflikte in der Schule hervorzurufen.“⁵⁴

Eine objektivierbare und damit beweisbare, durch kulturelle Mechanismen vermittelte Wirkung kommt nicht in den Blick. Die von der Senatsminderheit angeführte, in der Bevölkerung verbreitete kritische Bewertung des Kopftuchs als Aussage über das Verhältnis der Geschlechter⁵⁵ reicht dagegen als Grundlage für die Annahme einer Wirkung des Kopftuchs im Klassenzimmer nicht aus. Das gilt auch für die Frage der Wirkung und Bedeutung des Kopftuchtragens vor dem Hintergrund eines als verpflichtend angesehenen islamischen Verhüllungsgebots.⁵⁶ Dafür müsste ein

⁵¹ A.a.O., Rn. 103ff.

⁵² Vgl. *Josef Isensee*, Grundrechtseifer und Amtsvergessenheit – Der Kampf um das Kopftuch, FAZ v. 8.6.2004, Nr. 131 S. 11, wieder abgedruckt in: *ders.*, Recht als Grenze – Grenzen des Rechts, Bonn 2009, S. 169-174. Zustimmend u.a. auch *Torsten v. Roetteken*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. AGG. Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Stand: März 2018, § 3 Rn. 156.

⁵³ A.a.O., Rn. 107. Eine seltsame Verschachtelung und Ungewissheit kennzeichnet allerdings die folgende Feststellung (Rn. 112): „Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Schulfriedens ist im Fall der Beschwerdeführerin im Übrigen auch schon konkret geworden, wie Erfahrungen im Vorbereitungsdienst und die ablehnende Reaktion von anderen Lehrerinnen zeigen.“

⁵⁴ A.a.O., Rn. 119.

⁵⁵ A.a.O., Rn. 121.

⁵⁶ Der Hinweis des Minderheitsvotums, die Beschwerdeführerin gehe von einem solchen Verhüllungsgebot aus, ist

überprüfbarer Widerspruch von Aussage und Wirkung des islamischen Kopftuchs zu rechtlich gebotenen Maßstäben und auf dieser Grundlage eine entsprechende Wirkung bei Schülern nachgewiesen werden. Erst gesicherte islamwissenschaftliche Feststellungen über eine Reihe von Tatsachen hätten hier weiterhelfen können und wären daher notwendig einzuholen gewesen, wenn diese Problematik hinreichend klar gesehen worden wäre. Es reichte insofern nicht aus, dass die Senatsminderheit die Frage nach der Ablehnung der vom Grundgesetz geschützten Werte durch Gruppen von Muslimen, die das Tragen islamischer Kopftücher propagieren, aufwarf und auf mögliche Konflikte in der deutschen Gesellschaft hinwies. Für einen gleichsam im prozessualen Sinne beweis erheblichen Vortrag wäre die Existenz solcher Gruppen sowie die Verbreitung und der Wirkungsmechanismus ihrer religiös und politisch akzentuierten Kultur hinsichtlich des Schulunterrichts und des Schullebens (auch im Fall der Gruppenbildung unter Schülerinnen und Schülern) sowie hinsichtlich des Kopftuchtragens von Lehrkräften genauer darzulegen gewesen. Der berechtigte Hinweis, die grundsätzliche Offenheit der pluralistischen Gesellschaft dürfe angesichts der spezifischen Aufgaben, Pflichten und Amtsstrukturen der staatlichen Verwaltung nicht in die Organisation der staatlichen Verwaltung übertragen werden und derartige Konflikte müssten von ihr fern gehalten werden, verliert durch diese kritischen Anmerkungen nicht ihre Berechtigung.⁵⁷ Die Aussage, es reiche für die Untersagung des islamischen Kopftuchs aus, dass offenbar eine nicht unbedeutende Zahl Muslime entgegen der im Grundgesetz akzentuierten Gleichberechtigung von Mann und Frau die Auffassung vertrete, „eine Verhüllung der Frauen gewährleiste ihre Unterordnung unter den Mann“⁵⁸, verkennt den Umfang der Beweislast, die für den Nachweis einer Beeinträchtigung des staatlichen Erziehungsauftrags und des Schulfriedens zu tragen ist. Ansonsten eröffnete man jeder nicht verschwindend kleinen, aber radikalen Gruppe einer Religion die Möglichkeit, staatliche Einschränkungen auszulösen, die in der Folge die ganze Religionsgemeinschaft trafen.⁵⁹

Nimmt man das Minderheitsvotum im vollen Umfang ernst, so wären die nachfolgenden Fragen und tatsächlichen Entwicklungen schon 2003 in der ersten Kopftuchentscheidung zu klären

insoweit als Grundlage für eine mögliche Tatsachenerhebung unzureichend.

⁵⁷ A.a.O., Rn. 125.

⁵⁸ A.a.O., Rn. 122.

⁵⁹ Problematisch erscheint die Feststellung des Minderheitsvotums, das Kopftuch sei „auch als Symbol des politischen Islamismus mit starkem Symbolgehalt aufgeladen“. Es wird nicht differenziert zwischen dem konservativen (institutionalisierten) Mehrheitsislam einerseits und dem extremistischem Islamismus andererseits, seien diese nun sunnitische oder schiitische Prägung. Nicht präzise ist auch die pauschale Annahme eines objektiven Aussagegehalts des Kopftuchs in Form der „Betonung eines sittlichen Unterschieds zwischen Frauen und Männern“, der auf Konflikte mit Gleichberechtigung, Gleichwertigkeit und gesellschaftlicher Gleichstellung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG) hinausläufe. Vgl. a.a.O., Rn. 119.

gewesen⁶⁰:

- Wird im Islam – sei es im (konservativen) institutionalisierten Mehrheitsislam sunnitischer und schiitischer Linie, sei es in radikalen oder extremistischen Strömungen (Muslimbruderschaft, IS, schiitische Theokratie im Iran) – das Tragen eines islamischen Kopftuchs für Frauen als verpflichtend angesehen?
- Wird dieses Verhüllungsgebot religionsdogmatisch im Islam oder in einigen seiner Strömungen mit der Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft dergestalt verbunden, dass der dominierenden Stellung des Mannes eine dem Mann dienende oder untergeordnete Rolle der Frau entspricht und zu realisieren ist?⁶¹ Ist damit weiterhin verbunden, dass die Gleichberechtigung von Frauen gemäß Art. 3 Abs. 2 GG abgelehnt wird und abzulehnen ist, zum Beispiel weil menschliche Gesetze nicht die von Allah durch seinen Propheten vorgeschriebene Lebensweise der Muslime beeinträchtigen dürfen?
- Wie groß ist der Prozentsatz in Deutschland lebender muslimischer Familien, bei denen sich derartige Überzeugungen finden?
- Sofern in Stadtvierteln mit mehr als 20 % muslimischer Bevölkerung ein Klassenanteil von mehr als 30 % muslimischer Schüler besteht, ist dann mit großer oder überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass diese Schülerinnen und Schüler sich in Wertekonflikten zu einem erheblichen Teil als gute Muslime beweisen wollen, indem sie gegen abweichendes Verhalten vorgehen und dazu auch Gruppendruck ausüben, zum Beispiel gegen muslimische Schülerinnen, die das Kopftuch nicht tragen oder sich „falsch“ kleiden?
- Enthalten der Islam oder die islamische Religionskultur spezifisch religiöse Aussagen, die als Anweisungen dazu begriffen werden können, religiös als richtig angesehenes Verhalten von Mädchen und Frauen ihnen gegenüber durchzusetzen, sofern sie als verpflichtend angesehene Regeln nicht befolgen? Verstehen und befolgen große Gruppen der Muslime religiöse Regeln in diesem Sinne? Sind unter diesen Bedingungen Konflikte unter muslimischen Schülerinnen und Schülern über Regeln für als geboten angesehene Bekleidung zu erwarten? Werden so mit hoher Wahrscheinlichkeit innerislamische Konflikte um das Kopftuch und damit um den richtig verstandenen Islam zum Teil der Kultur unter muslimischen Schülerinnen und Schülern? Geht es in derartigen Fällen um das Ziel einer Islamisierung des öffentlichen Raumes, also einer Manifestation islamisch geprägter Kontrolle des korrekten Verhaltens muslimischer Personen?
- Trägt in einer derartigen Lage religiös-kultureller Konflikte eine muslimische Lehrkraft allein

⁶⁰ Vgl. im Einzelnen dazu den Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“ unten S. 86ff.

⁶¹ Vgl. dazu den Hinweis im Minderheitsvotum auf die Wurzel des Verhüllungsgebots in der Aufrechterhaltung der dem Mann dienenden Rolle der Frau und auf dementsprechende Stellen in wohl autoritativen Kommentaren zum Koran.

durch Tragen eines Kopftuchs zu einer Verschärfung der Konflikte bei, nicht zuletzt deswegen, weil sie als Autoritätsperson eine Vorbildrolle innehat? Kann ihr Auftreten zu Schwierigkeiten bei Schülerinnen führen, die sich gegen das Kopftuch entscheiden wollen? Werden durch ein solches Auftreten schulische Lernprozesse, Kommunikation und die Kultur im Klassenzimmer negativ beeinflusst, z.B. weil miteinander unverträgliche religiös-kulturelle Gruppen bestehen oder weil es verstärkt zu Mobbing gegenüber sich nicht konform verhaltenden Schülerinnen kommt?

II. Das Berliner Neutralitätsgesetz

1. Das Kopftuchurteil des Zweiten Senats in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft

Landesparlamente und Landesregierungen, zahlreiche Gerichte und die überwiegende Mehrheit der wissenschaftlichen Stimmen begrüßten die Entscheidung und verstanden sie dahingehend, dass bei hinreichender gesetzlicher Grundlage Lehr- und Erziehungskräften das Tragen des islamischen Kopftuchs verboten werden könne, das Grundgesetz aber nicht notwendig sein Verbot erzwingt.⁶² Die daraufhin ergangenen, ein Kopftuchverbot ermöglichenden Landesgesetze teilen sich in zwei Gruppen: Baden-Württemberg (§ 38 Abs. 2 SchulG), Bayern (Art. 59 Abs. 2 Satz 3 EUG), Hessen (§ 86 Abs. 3 SchulG), Nordrhein-Westfalen (§ 57 Abs. 4 und 6 SchulG) und Saarland (§ 1 Abs. 2a SchulG) betonen mit leichten Variationen untereinander die Werte der christlich-abendländischen Prägung von Schule und Erziehung und ermöglichen Ausnahmen für derart geprägte Symbole und Kleidungsstücke. Dagegen enthalten die Regelungen der Länder Berlin, Bremen und Niedersachsen keine Ausnahmen. Die vom Zweiten Senat entwickelten zwei alternativen Modelle – Zulassung des Tragens religionsbezogener Kleidung wie von Symbolen durch Lehrkräfte einerseits und striktes Verbot unter dem Aspekt staatlicher und schulischer Neutralität andererseits – wurden so teils nur eingeschränkt realisiert, indem das strikte Verbot zugunsten christlich-abendländischer Werte und Traditionen relativiert wurde.⁶³

⁶² Für die Wissenschaft jeweils m.w.Nachw.: *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 147; *Juliane Kokott*, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 66.

Für die Legislative: Gesetze mit Kopftuchverboten ergingen in Baden-Württemberg (v. 01.04.2004, GBl. S. 178), Bayern (v. 23.11.2004, GVBl. S. 443), Berlin (v. 27.01.2005, GVBl. S. 92), Bremen (v. 28.06.2005, GBl. S. 245), Hessen (v. 18.10.2004, GVBl. I S. 306), Niedersachsen (v. 29.04.2004, GVBl. S. 140), Nordrhein-Westfalen (v. 13.06.2006, GVBl. 2006, 270) und im Saarland (v. 23.06.2004, ABl. S. 1510), während die übrigen Bundesländer keine Regelungen trafen.

Für die Judikative: Der VGH Mannheim, VBIBW 2008, 437 (438) – bestätigt durch BVerwG NJW 2009, 1289, der Bayerische Verfassungsgerichtshof, BayVBl. 2007, 235 (238f.) = NVwZ 2008, 420, der Hessische Staatsgerichtshof, NVwZ 2008, 199 (203f., abw. Meinung 208ff.) und das Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 121, 140 (147ff.) bestätigten diese Grundlagen und ließen gewisse Differenzierungen zu.

⁶³ Kritik an diesen Tendenzen insbesondere bei *Gerhard Czermak/Erik Hilgendorf*, Religions- und

2. Zur Entstehungsgeschichte des Berliner Neutralitätsgesetzes

In Reaktion auf die erste Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts entschied sich die Führung der Berliner SPD, zu dieser Zeit als Mehrheitspartei in einer Koalition mit der PDS, das Kopftuch für Schullehrerinnen per Gesetz zu verbieten.⁶⁴ Die politischen Äußerungen stützten sich erstens auf die in Berlin – unbestritten seit langem bestehende – starke Bedeutung und rechtliche Verankerung der Trennung von Staat und Religion⁶⁵ und zweitens darauf, dass das islamische Kopftuch als „Symbol der Gegengesellschaft gegen den Westen“ gesehen wurde.⁶⁶ Das Gesetz sollte religiöse Symbole nur dort verbieten, wo Amtsträger „als Repräsentanten staatlicher Gewalt den Bürgerinnen und Bürgern gegenüberreten“⁶⁷ und angesichts der Vielfalt in Berlin vertretener Religionen im Sinne staatlicher Neutralität alle Religionen gleich behandeln⁶⁸. In der Begründung des Berliner Neutralitätsgesetzes – NeutrG – wurde darauf hingewiesen, eine wesentliche Errungenschaft der Entwicklung zum freiheitlich-demokratischen pluralistischen Rechtsstaat liege in der Möglichkeit, „die negative Religionsfreiheit aller Rechtssubjekte zu schützen“.⁶⁹

3. Der schulbezogene Regelungsgehalt des Berliner Neutralitätsgesetzes

Die Gesetzespräambel stellt präzise die zentrale Entscheidung des Gesetzgebers in den Mittelpunkt: Angesichts der staatlichen Verpflichtung zu weltanschaulich-religiöser Neutralität müssen sich Beschäftigte des Landes „in den Bereichen, in denen die Bürgerin oder der Bürger in besonderer Weise dem staatlichen Einfluss unterworfen ist, in ihrem religiösen oder weltanschaulichen

Weltanschauungsrecht, 2008, Rz. 314; *Ilgnur Öztürk*, Das Kopftuch, S. 202ff., 205; *Kirsten Wiese*, Lehrerinnen mit Kopftuch. Zur Zulässigkeit eines religiösen und geschlechtsspezifischen Symbols im Staatsdienst, 2008, S. 281, 283, 285f.; *Ute Sacksofsky*, Kopftuchverbote in den Ländern – am Beispiel des Landes Hessen, in: Sabine Berghahn/Petra Rostock (Hg.), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind*, 2009, S. 275 (289). Hinweis auf damit verbundene Risiken schon bei *Friedhelm Hufen*, NVwZ 2004, 575 (578).

⁶⁴ Eingehende Schilderung der politischen Äußerungen im Vorlauf und im Prozess der Gesetzgebung: *Julia von Blumenthal*, Das Kopftuch in der Landesgesetzgebung. Governance im Bundesstaat zwischen Unitarisierung und Föderalisierung, 2009, S. 233-244.

⁶⁵ Nicht zuletzt Geltung der „Bremer Klausel“ des Art. 141 GG für das Land Berlin: kein bekenntnisgebundener Religionsunterricht im Fall von Ländern, in denen am 1. Januar 1949 eine andere landesrechtliche Regelung bestand. Zu den Auswirkungen hinsichtlich islamischen Religionsunterrichts in Berlin vgl. *Wolfgang Bock*, Islamischer Religionsunterricht im Lande Berlin, in: ders. (Hg.), *Islamischer Religionsunterricht? Rechtsfragen, Länderberichte, Hintergründe*, 2. Aufl. 2007, S. 93-113.

⁶⁶ *Von Blumenthal*, a.a.O. (Anm. 61), S. 233 Fn. 370 m.w.Nachw. Anders orientiert dagegen der innenpolitische Sprecher der FDP-Fraktion: Es würden „mit pauschalen Unterstellungen, das Tragen eines Kopftuches sei ein Zeichen für eine verfassungsfeindliche Gesinnung [...] in unverantwortlicher Weise Vorurteile“ geschürt (ebd. S. 236).

⁶⁷ Abgeordnetenhaus Berlin, Plenarprotokoll 15/45 v. 19.02.204, 3644.

⁶⁸ Abgeordnetenhaus Berlin, Plenarprotokoll 15/58 v. 28.10.204, 4847.

⁶⁹ Abgeordnetenhaus Berlin, Inhaltsprotokoll des Rechtsausschusses 15/47, 7. Zustimmend auch die Grünen unter Hinweis auf die besonderen Verhältnisse des Landes Berlin (vgl. *von Blumenthal*, a.a.O., S. 236).

Bekenntnis zurückhalten“. Der mehrdeutige Begriff „Bekenntnis“ zielt im Zusammenhang mit dem Verb „zurückhalten“ ersichtlich nicht auf die Wahl eines religiösen Bekenntnisses, sondern vielmehr auf ein Bekennen im Sinn der öffentlichen Kundgabe der Zugehörigkeit zu einer Religion oder Weltanschauung. Lehrkräfte und andere Beschäftigte mit einem pädagogischen Auftrag in den öffentlichen Schulen nach dem Berliner Schulgesetz dürfen „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 Satz 1 NeutrG). Eine Ausnahme gilt im Fall der Erteilung von Religions- und Weltanschauungsunterricht (§ 2 Satz 2 NeutrG). Auf Grund der Freiwilligkeit des Besuchs werden nach § 3 NeutrG berufliche Schulen i.S.v. § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SchulG und Einrichtungen des Zweiten Bildungswegs i.S.v. § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 SchulG von der Geltung des § 2 Satz 1 NeutrG ausgenommen. Möglich sind Ausnahmen für weitere Schularten und Schulen besonderer pädagogischer Prägung, sofern „die weltanschaulich-religiöse Neutralität der öffentlichen Schulen gegenüber Schülerinnen und Schülern nicht in Frage gestellt und der Schulfrieden nicht gefährdet oder gestört wird“ (§ 3 NeutrG). Für Beamtinnen und Beamte im Vorbereitungsdienst sowie für andere in der Ausbildung befindliche Personen dürfen die Dienstbehörde oder die jeweils zuständige Personalstelle Ausnahmen von den §§ 1 und 2 zulassen (§ 4 NeutrG).⁷⁰

Die Gesetzesbegründung bezieht sich auf die besonderen Bedingungen des Landes Berlin: Im Zentrum steht die Bedeutung der zunehmenden religiösen Pluralität, die großstädtisch-heterogene Bevölkerungsstruktur und die mit einem besonderen Konfliktpotenzial verbundene konfessionelle Vielgestaltigkeit.⁷¹ Die Begründung des Gesetzesentwurfs übernimmt ersichtlich einen zentralen Gedanken der ersten Kopftuchentscheidung: „Dies nimmt der Landesgesetzgeber zum Anlass, der staatlichen Neutralitätspflicht eine stärker distanzierende Bedeutung beizumessen, um auf diese Weise die stabilisierende und friedenssichernde Funktion des Staates als Heimstatt aller Staatsbürgerinnen und Staatsbürger zu garantieren.“⁷²

Das Berliner Neutralitätsgesetz zeichnet sich dadurch aus, dass es unter allen Landesgesetzen, die zum Tragen des Kopftuchs und zur Zurschaustellung religiöser Symbole durch Lehrkräfte in der Schule ergangen sind, am klarsten das vom Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in der ersten Kopftuchentscheidung 2003 aufgestellte mögliche Modell eines distanzierenden Umgangs

⁷⁰ Für Beschäftigte in Kindergärten gelten andere Regelungen.

⁷¹ Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 15/3249, 5f.

⁷² A.a.O., 5.

mit religionsbezogenem Verhalten von Lehrkräften vertritt. Zwei politisch wie verfassungsrechtlich erhebliche Ziele lassen sich feststellen: Erstens sollen angesichts der zunehmenden religiösen und auch intrakonfessionellen Pluralität drohende Konflikte aus der staatlichen Verwaltung sowie aus der Schule herausgehalten werden. Das wird für das Land Berlin als besondere Aufgabe gesehen, weil der Gesetzgeber sich dieser Gefahren aufgrund der speziellen Lage Berlins wohl bewusst ist. Zweitens wird die besondere Tradition Berlins im staatlichen Religionsrecht fortgesetzt: Trotz grundsätzlicher Aufrechterhaltung der das Grundgesetz prägenden freundlichen Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften unter Aufrechterhaltung grundsätzlicher Trennung zwischen beiden geht das Land Berlin einen Schritt weiter in Richtung Laizismus als andere Bundesländer.

III. Die zweite Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 138, 296)⁷³

1. Die Ausgangslage

Politische Kritik an der Rechtslage nach der ersten Kopftuchentscheidung und den entsprechenden Landesgesetzen erhob sich insbesondere von Seiten der Grünen und der SPD als Forderung nach Einzelfallprüfungen. Dem standen allerdings die Positionen von Lehrerverbänden und Vertretern der Schulen und Schulverwaltung entgegen: Sie sprachen sich unter Hinweis auf sonst nicht zu bewältigende Konflikte und Konfliktklärungen an einzelnen Schulen für landesweite Regelungen aus. Die Befürchtung einer drohenden völligen Überforderung sowohl der Schulverwaltung als auch der Einzelschulen führte zu weitgehend übereinstimmenden Stellungnahmen aus diesem Bereich.

2. Der Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015

a) Die rechtsdogmatischen Grundstrukturen der Entscheidung

Der Erste Senat sieht ein Kopftuchverbot nur als gerechtfertigt an, wenn eine konkrete und nachgewiesene Gefahr für andere verfassungsrechtlich geschützte Güter besteht. Er kommt so in der Sache zu einem dem ersten Kopftuchurteil entgegengesetzten Ergebnis. Rechtsdogmatisch stützt er das auf drei Elemente: Erstens schütze die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit das Tragen

⁷³ Gegenstand des Verfahrens waren Verfassungsbeschwerden gegen zwei Entscheidungen des BAG – NZA 2010, 227 und NZA-RR 2010, 383 –, die jeweils ein nach dem SchulG NRW verhängtes Kopftuchverbot bestätigt hatten.

eines islamisch konnotierten Kopftuchs durch weibliche Lehrkräfte in der Schule, sofern es auf ein nachvollziehbar als verpflichtend empfundenen religiöses Gebot zurückgeführt werden könne. Zweitens sei ein nur auf abstrakte Gefahren für andere verfassungsrechtlich geschützte Güter gestütztes gesetzliches Verbot des Kopftuchtragens unangemessen und unverhältnismäßig. Drittens sei in der Folge ein solches Verbot nur dann zu rechtfertigen, wenn es auf eine konkrete Gefahr für andere verfassungsrechtlich geschützte Güter zu stützen sei.

Analog zum ersten Kopftuchurteil musste der Senat weder das den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums entspringende Mäßigungsgebot berücksichtigen, da die Beschwerdeführerinnen im Angestelltenverhältnis standen, noch musste er sich mit einer zentralen, in Rechtsprechung und Wissenschaft vertretenen Unterscheidung auseinandersetzen: zwischen der Tätigkeit des Beamten als Amtswalter – Organ der öffentlichen Verwaltung und Teil der Staatsorganisation einerseits – und seiner persönlichen Rechtsstellung innerhalb des Dienstes andererseits. Rechtsprechung und Wissenschaft stimmen überein, dass die Grundrechte im beamtlichen Sonderrechtsverhältnis gelten, dass sie aber durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, insbesondere die Pflicht zur Objektivität und die sich aus dem Amt ergebenden Pflichten entsprechend Art. 33 Abs. 5 GG eingeschränkt werden.⁷⁴ Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums können die auch für Beamte geltenden Grundrechte begrenzen.⁷⁵ Allerdings sind diese Grundsätze durch kollidierendes Verfassungsrecht wiederum selbst einschränkbar, abgesehen von einem Kernbereich im Sinne der für Grundrechte geltenden Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG).⁷⁶

Amtspflichten für Beamte im Schuldienst ergeben sich einerseits aus der Pflicht zur Wahrnehmung des ihnen obliegenden staatlichen Amtes in Neutralität und Objektivität und andererseits aus den gesetzlichen bestimmten Aufgaben ihres besonderen Amtes als Lehrer und Erzieher. Die Pflichten sind schwierig zu konkretisieren, da erst dann endgültige Aussagen über ihre Reichweite im einzelnen Fall möglich sind, wenn die Rechte der an den schulischen Lern-, Erziehungs- und Ausbildungsprozessen in ihrem Miteinander und in ihrem Gegeneinander zentral beteiligten Grundrechtsträger, also in erster Linie der Schülerinnen und Schüler, im vollen Umfang begriffen

⁷⁴ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. 1984, S. 378ff. m.w.Nachw.; Helmut Lecheler, Der öffentliche Dienst, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts V, 3. Aufl. 2007, § 110, Rn. 76ff.; Peter Badura, Staatsrecht, 4. Aufl. 2010, D 105 a.E.; Frauke Brosius-Gersdorf, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 171, 177.

⁷⁵ BVerfGE 19, 303 (322); 39, 334 (366f.); Helmut Lecheler, in Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hg.), GG, Art. 33 (2000) Rn. 89; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33 Rn. 43; Philipp Kunig, in: Ingo v. Münch/Philipp Kunig (Hg.), Grundgesetzkommentar I, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rn. 56; Frauke Brosius-Gersdorf, a.a.O.

⁷⁶ BVerfGE 119, 247 (262f. Rn. 52); 121, 205 (220f. Rn. 69); BVerwGE 149, 117 (123 Rn. 28).

und berücksichtigt werden. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag würde andernfalls zu einer leeren Hülle. Diese Überlegungen sind analog auch für die Pflichten einschlägig, die sich für in Formen des Privatrechts beschäftigte, also im Angestelltenverhältnis stehende Lehrkräfte aus ihrer beruflichen Stellung und den für diese geltenden Rechtsnormen ergeben. Die Rechtspflichten für Beamte und Angestellte im Schuldienst sind letzten Endes gerade in kulturell-religiös und sozial bestimmten Konfliktlagen erst dann bestimmt anzugeben, wenn die Ursachen, Implikationen und Folgen dieser Konflikte möglichst präzise in Rechnung gestellt werden.

Grundsätzlich ist vor diesem Hintergrund die prinzipielle Erstreckung des Grundrechts der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) von seinem Schutzbereich her auf „Pädagogen und Pädagoginnen in der öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule“, um „Regeln ihres Glaubens gemäß einem religiösen Bedeckungsgebot zu genügen, wie dies etwa durch das Tragen eines islamischen Kopftuchs der Fall sein kann, wenn dies hinreichend plausibel begründet wird“ nicht zu beanstanden.⁷⁷ Da Einschränkungen und Schrankenziehungen für dieses Grundrecht erst zu erörtern sind, wenn die Beschwerdeführerinnen sich überhaupt zu Recht eines Grundrechts berufen können, ist auch gegen die weitere Feststellung des Senats, das gesetzliche Verbot des Kopftuchtragens sei angesichts der von den Beschwerdeführerinnen als verpflichtend empfundenen religiösen Gebote als schwerwiegender Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG anzusehen, zunächst nichts einzuwenden. Dass das Tragen religiöser Kleidungsstücke eine äußere religiöse Bekundung im Sinne des von dieser Verfassungsbeschwerde betroffenen § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG NW darstellt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Der Erste Senat sieht im Kopftuch ein religiös konnotiertes Kleidungsstück, beschreibt aber seine Wirkung nur als Rezeptionsmöglichkeit auf einer sehr abstrakten Ebene und dies zudem auf fragliche Weise :

„Wird es als äußeres Anzeichen religiöser Identität verstanden, so bewirkt es das Bekenntnis einer religiösen Überzeugung, ohne dass es hierfür einer besonderen Kundgabeabsicht oder eines zusätzlichen wirkungsverstärkenden Verhaltens bedarf.“⁷⁸

Da ein Kopftuch nur bei muslimischen Trägerinnen ein Anzeichen religiöser Zugehörigkeit sein kann, bedarf es zumindest einer Erkennbarkeit dieser Religionsangehörigkeit. Der Erste Senat trennt nicht zwischen der Wirkung in Form des Verständnisses und der Bewertung durch Dritte auf der einen Seite und dem subjektiven Bekenntnis als dem individuellen Selbstverständnis auf der anderen Seite. Er setzt damit eine schon für das Kopftuchurteil des Zweiten Senats festgestellte

⁷⁷ BVerfGE 138, 296ff. Rn. 83.

⁷⁸ A.a.O., Rn. 94. Erstaunlicher Weise betont der Erste Senat schon in diesem Teil der Begründung, ohne auf die Frage möglicher Grundrechtsschranken einzugehen, die Beschwerdeführerinnen sähen „ein imperatives religiöses Bedeckungsgebot in der Öffentlichkeit, das zudem nachvollziehbar ihre persönliche Identität berührt, so dass ein Verbot dieser Bedeckung im Schuldienst für sie sogar den Zugang zum Beruf verstellen kann (Art. 12 Abs. 1 GG)“.

Fehlwahrnehmung fort.⁷⁹ Die im Mehrheitsvotum anzutreffende Begrifflichkeit „religiöse Identität“ übernimmt eine im jeweiligen Selbstverständnis von Religionsangehörigen möglicherweise übliche Selbstbezeichnung, allerdings ungeachtet dessen, dass das Recht per definitionem daran gehindert ist, eine derartige Selbstbeschreibung in Gestalt der Behauptung einer objektiv Persönlichkeit konstituierenden Eigenschaft zu übernehmen. Ein glaubensbedingter persönlichkeitsbezogener Substantialismus hat ebenso wie eine Politik der Identitäten im Recht keinen Platz, mag auch eine glaubende Person sich selbst eine religiöse Identität zuschreiben. Das Recht darf allerdings eine solche Selbstbeschreibung als subjektive Selbstdarstellung in Bezug nehmen, ohne sie dadurch zu objektivieren oder als objektiv gegeben zu behaupten.

Das normative Verhältnis zu den schrankensetzenden Verfassungsgütern hat der Landesgesetzgeber zu bestimmen: Das Spannungsverhältnis zwischen dem in weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllenden staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag, dem elterlichen Erziehungsrecht und der negativen Glaubensfreiheit der Schüler „unter Berücksichtigung des Toleranzgebots zu lösen, obliegt dem demokratischen Gesetzgeber, der im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiss zu suchen hat. Die genannten Grundgesetz-Normen sind zusammen zu sehen, ihre Interpretation und ihr Wirkungsbereich sind aufeinander abzustimmen“.⁸⁰ Der Erste Senat folgt insofern der Kopftuchentscheidung des Zweiten Senats.

Der völlige Neuansatz der zweiten Kopftuchentscheidung wurzelt in der Bewertung möglicher Gefahren für mit der Religionsfreiheit konkurrierende Verfassungsgüter, insbesondere für den staatlichen, in weltanschaulicher und religiöser Neutralität zu erfüllenden Erziehungs- und Bildungsauftrag sowie für die negative Glaubensfreiheit der Schüler. Der Erste Senat verabschiedet in diesem Zusammenhang fast vollständig den vom Zweiten Senat entwickelten Begriff der abstrakten Gefahr, der konkreten Gefährdungen dieser Schutzgüter vorbeugen helfen sollte. Er setzt sich nicht mit den Überlegungen und Gründen auseinander, die in der ersten Kopftuchentscheidung zur Funktion dieses Begriffs enthalten sind. Apodiktisch lautet das:

„Denn die Erfordernisse einer im engeren Sinne verhältnismäßigen gesetzlichen Regelung gebieten jedenfalls ein einschränkendes Verständnis des Merkmals einer Eignung zur Gefährdung der Schutzgüter. [...] Ein angemessener, der Glaubensfreiheit der sich auf ein religiöses Bedeckungsgebot berufenden Pädagoginnen hinreichend Rechnung tragender Ausgleich mit gegenläufigen verfassungsrechtlich verankerten Positionen erfordert für die

⁷⁹ Vgl. oben S. 16ff.

⁸⁰ A.a.O., Rn. 98 unter Aufnahme von Formulierungen aus BVerfGE 108, 282 (299, 302f.).

vorliegende Fallgestaltung eine einschränkende Auslegung der schulfriedens- und neutralitätswahrenden Verbotsnorm dergestalt, dass zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegen muss.⁸¹

Angesichts dieser entscheidenden Weichenstellung gegenüber der ersten Kopftuchentscheidung ändert es kaum etwas, dass dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz ein Beurteilungsspielraum zugebilligt wird: Denn das Grundrecht der Glaubensfreiheit fällt nun so schwer ins Gewicht, dass ein Tragen des islamischen Kopftuchs im staatlichen Erziehungsauftrag unter Wahrung der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität nur dann eine Grenze findet, „wenn eine hinreichend konkrete Gefahr für den zur Erfüllung des Erziehungsauftrages notwendigen Schulfrieden oder die staatliche Neutralität feststellbar ist“.⁸² Auch wenn der Senat – im Ergebnis nur noch pro forma – einen harmonischen Ausgleich zwischen verschiedenen verfassungsrechtlichen Positionen fordert, erhält das Grundrecht des schulischen Personals eine viel größere Bedeutung als die möglichen entgegenstehenden Schutzgüter der anderen Betroffenen, darunter nicht zuletzt die verfassungsrechtlich geschützten Rechte der Gesamtheit der Schüler auf Teilnahme an einem durch kulturelle Konflikte nicht beeinträchtigten schulischen Lernprozess.

Das Engagement der Senatsmehrheit für die Religionsfreiheit der Lehrkräfte wird insbesondere daran deutlich, dass anders als in der ersten Kopftuchentscheidung der tatsächliche Hintergrund und die Realität der faktischen Wirkungen des islamischen Kopftuchs der Lehrerin ausgeblendet werden und dies durch nicht tatsächlich begründete, aber heftige Wertungen enthaltende Adjektive verdeckt und überspielt wird: Der Landesgesetzgeber müsse „*zumal* bei einem *weitgehend vorbeugend wirkenden* Verbot äußerer religiöser Bekundungen, ein angemessenes Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts des pädagogischen Personals auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit ebenso wahren wie bei einer Gesamtabwägung [...] die Grenze der Zumutbarkeit beachten“ [Kursivierungen hinzugefügt].⁸³ Die zentrale Aussage des Ersten Senats, auf ihre wesentlichen Elemente reduziert, erschöpft sich in der Aufzählung einer Reihe von Möglichkeiten der Beeinträchtigung anderer Verfassungsrechtsgüter. Deren konkrete Wahrscheinlichkeit wird nur auf offene Möglichkeiten reduziert, nicht dagegen präzise untersucht:

„Das Einbringen religiöser oder weltanschaulicher Bezüge in Schule und Unterricht durch pädagogisches Personal *kann* den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen

⁸¹ A.a.O., Rn. 100f.

⁸² A.a.O., Rn. 108.

⁸³ A.a.O., Rn. 102.

Erziehungsauftrag, das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schüler beeinträchtigen. Es *eröffnet zumindest die Möglichkeit* einer Beeinflussung der Schulkinder sowie von Konflikten mit Eltern, was zu einer Störung des Schulfriedens führen und die Erfüllung des Erziehungsauftrages der Schule gefährden *kann*. Auch die religiös motivierte und als Kundgabe einer Glaubensüberzeugung *interpretierbare* Bekleidung von Lehrkräften *kann* diese Wirkungen haben.“⁸⁴ [Kursivierungen hinzugefügt]

Die auf abstrakter Ebene angedeuteten Gefahren für andere verfassungsrechtliche Positionen verbleiben im reinen Möglichkeitsraum. Konsequenter Weise beurteilt der Erste Senat ihr Gewicht als nicht ausreichend dafür, „dass bereits die abstrakte Gefahr ihrer Beeinträchtigung ein Verbot zu rechtfertigen vermöchte, wenn auf der anderen Seite das Tragen religiös konnotierter Bekleidung oder Symbole nachvollziehbar auf ein als imperativ verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen ist“.⁸⁵

Der Senat geht ersichtlich davon aus, dass mögliche Gefährdungen der negativen Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler allein vom dauerhaften Anblick, gleichsam einer unausweichlichen Begegnung („Konfrontation“) mit einem als religiöses Symbol angesehenen Gegenstand – hier: dem islamischen Kopftuch – ausgehen können. So wird eine Parallele zu den Entscheidungen über Kreuze bzw. Kruzifixe in Gerichtssaal und Schule aufgebaut, ohne dass die Unterschiede zwischen den Religionen, zwischen ihren internen Kulturen und daraus möglicherweise folgenden tatsächlichen Wirkungen religiöser Bekundungen sichtbar werden können. Während das Kreuz als allgemeines Symbol christlicher Religion und Kultur zum Beispiel spezifische Wirkungen auf Personen haben kann, die allen Religionen oder dem Christentum gegenüber ablehnend eingestellt sind, können die mit dem islamischen Kopftuch verbundenen Wirkungen eine davon sehr abweichende Grundstruktur haben. Indem nur auf die Ausweichmöglichkeiten Einzelner gegenüber einer bestimmten Religion, darauf bezogenen Handlungen und ihren Symbolen gefragt wird, wird dieses Problem verkannt.⁸⁶ Die Frage nach den spezifischen tatsächlichen Wirkungen des islamischen Kopftuchs, die an dieser Stelle notwendig gewesen wäre, wird mit dem gleichen Argument beiseite geschoben wie schon in der ersten Kopftuchentscheidung:

Auch bei einer unausweichlichen Konfrontation ist „im Blick auf die Wirkung religiöser

⁸⁴ A.a.O., Rn. 103.

⁸⁵ A.a.O., Rn. 103. Es kommt nicht auf Variabilität von Geboten innerhalb einer Religion an, sondern nur auf die jeweils subjektiv vertretene Variante: Radikale oder fundamentalistische Implikationen werden gegebenenfalls mit in Kauf genommen, ohne dass einer impliziten Legitimierung Gewicht beigemessen und dieses zumindest in den Kreis der Überlegungen mit aufgenommen würde.

⁸⁶ A.a.O., Rn. 104.

Ausdrucksmittel“ [...] „allerdings danach zu unterscheiden, ob das in Frage stehende Zeichen auf Veranlassung der Schulbehörde oder aufgrund einer eigenen Entscheidung von einzelnen Pädagoginnen und Pädagogen verwendet wird, die hierfür das individuelle Freiheitsrecht des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Anspruch nehmen können. Der Staat, der eine mit dem Tragen eines Kopftuchs verbundene religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin oder einer pädagogischen Mitarbeiterin hinnimmt, macht diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen“.⁸⁷

Die Frage nach der tatsächlichen Wirkung des Kopftuchs wäre aber an sich ganz unabhängig von der Motivation und Berechtigung zum Tragen zu stellen: Auch die Realisierung grundrechtlich geschützter Handlungsweisen kann andere Verfassungsgüter verletzen. Die Frage unterbleibt.

Entgegen der Auffassung des Zweiten und des Ersten Senats ist in einer solchen Fallkonstellation nicht zu erwarten, dass muslimische Schülerinnen und Schüler den rechtlichen Unterschied zwischen der religiösen Aussage der Schullehrerin mit islamischem Kopftuch und der Position des säkularen Staates, der dieses zulässt oder zulassen muss, erkennen. Zudem wird ein erheblicher Teil der muslimischen Schüler in Anlehnung an die ihnen traditionell – national bzw. familiär – vermittelte islamische Religionskultur davon ausgehen, die weibliche Lehrkraft halte die religiösen Gebote ein und der Staat habe dies ordnungsgemäß im Sinne der islamischen Religion zu erlauben.

Auf den ersten Blick mögen die Ausführungen des Ersten Senats zur negativen Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler zwar als zutreffend erscheinen: Der reine Anblick einer ein Kopftuch tragenden Lehrerin vermag grundsätzlich die negative Glaubensfreiheit von Schülerinnen und Schüler nicht zu beeinträchtigen. Er führt regelmäßig nicht notwendig zu einer auf die Religion bezogenen Reaktion. Das ergibt sich jedenfalls aus dem gesellschaftlichen Zusammenleben von Angehörigen verschiedener Religionen in westlich geprägten Gesellschaften. Die Dauer des Anblicks dürfte daran nichts ändern.⁸⁸ Anders als der Zweite Senat im ersten Kopftuchurteil, der den Ländern einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Wirkung des islamischen Kopftuchs einräumt, blendet aber der Erste Senat die Wirkungen des Kopftuchtragens von Lehrerinnen und Pädagoginnen innerhalb der islamischen Kultur gänzlich aus. Nur der westliche Kulturkreis und

⁸⁷ A.a.O., Rn. 104 in direkter Aufnahme von BVerfGE 108, 282 (305f.); vgl. dazu oben unter I.3. nach Anm. 40.

⁸⁸ Vgl. zu diesem Aspekt *Sarah Röhrig*, Religiöse Symbole in staatlichen Einrichtungen als Grundrechtseingriffe, 2017. Leider verbleibt die gesamte, sehr sorgfältig aufgebaute und vorgehende Arbeit auf der abstrakten Ebene der Betrachtung von Symbolen und der Beeinflussung durch diese, ohne zu der Frage vorzudringen, ob bestimmte Handlungen oder Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Symbolen im Bereich der islamischen Religion und Kultur eine konflikttragende Bedeutung besitzen, die diese abstrakte Ebene überschreitet. So wird das Kopftuch dem Kreuz als Symbol weitgehend parallel gestellt (a.a.O., S. 8-14, 266f. und öfter).

Gesellschaftshorizont kommen in den Blick:

„Die Schülerinnen und Schüler werden lediglich mit der ausgeübten positiven Freiheit der Lehrkräfte in Form einer glaubensgemäßen Bekleidung konfrontiert, was im Übrigen durch das Auftreten anderer Lehrkräfte mit anderem Glauben oder anderer Weltanschauung in der Regel relativiert und ausgeglichen wird. Insofern spiegelt sich in der bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule die religiös-pluralistische Gesellschaft wider.“⁸⁹

Lässt man die Bezeichnung der Bekleidung als „glaubensgemäß“ bei Seite – subjektiv und objektiv glaubensgemäß treten hier weit auseinander⁹⁰, werden aber vom Senat nicht unterschieden –, so fällt ins Gewicht, dass die Wahrnehmung von muslimischen Lehrerinnen mit einem Kopftuch nicht zuletzt seitens muslimischer Schülerinnen und Schüler durch „das Auftreten anderer Lehrkräfte mit anderem Glauben“ ausgeglichen werden soll. Was soll ein derartiger „Ausgleich“ beinhalten? Der Senat beruft sich auf eine Relativierung. Dahinter mag der Gedanke stehen, dass eine religiöse Bekundung durch die Existenz weiterer religiöser Bekundungen einen alltäglichen Charakter erhält. Darin liegt ein Fehlschluss: Es kommt in diesen Fällen auf die Wirkung einer religiösen Kundgabe und zwar in erster Linie bei den Schülerinnen und Schülern an, die der fraglichen Religion angehören. Der Senat unterstellt ohne jeden Nachweis, dass der Turban eines Sikhs, das Nonnenhabit, die jüdische Kippa, das deutlich auffallend getragene Kreuz und das Kopftuch eine gleiche oder vergleichbare Wirkung entfalten und dass diese sich, chemischen Substanzen vergleichbar, dann gegenseitig neutralisieren können. Genaue islam- und religionswissenschaftliche Analyse kommt zu einem entgegengesetzten Ergebnis.⁹¹ Die Senatsmehrheit verkennt, dass die Konflikte, die sich aus dem Tragen eines islamischen Kopftuchs durch Lehrkräfte ergeben, für die negative Religionsfreiheit und für die als gleiche – unabhängig von der jeweiligen Religion und ihrer Kultur – zu gewährleistenden schulischen Lernmöglichkeiten muslimischer wie nichtmuslimischer Schülerinnen und Schüler wesentlich und zentral sind. Daher stellt der Erste Senat in seiner Kopftuchentscheidung diese Rechtsgüter nicht ausreichend in Rechnung.⁹²

⁸⁹ BVerfGE 138, 296ff. Rn. 105 a.E.

⁹⁰ Zu Verhüllungsgeboten für Frauen im Islam vgl. *Ursula Spuler-Stegemann*, Islam. Die 101 wichtigsten Fragen, 5. Aufl. 2019, S. 59f.: Angesichts sehr unterschiedlicher Interpretationen nicht sehr präziser Aussagen in Koran und Sunna keine gesicherte Aussage möglich. Dazu auch *Tilman Nagel*, Was ist der Islam? Grundzüge einer Weltreligion, 2018, S. 43f., 614f. m.w.Nachw.; *Rotraud Wielandt*, Die Vorschrift des Kopftuchtragens für die muslimische Frau. Grundlagen und aktueller innerislamischer Diskussionsstand (2008), http://www.deutsche-islam-konferenz.de/SharedDocs/Anlagen/DIK/DE/Downloads/Sonstiges/Wielandt_Kopftuch.pdf?__blob=publicationFile

⁹¹ Vgl. die bereits angeführten Fragen (oben S. 24f.) sowie den Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“, S. 86ff.

⁹² Weitgehend parallel zur negativen Religionsfreiheit der Schüler sind das verfassungsrechtlich geschützte Erziehungsrecht der Eltern und der ihnen auch insofern zustehende Schutz der negativen Religionsfreiheit zu bewerten. Zu den entsprechenden Ausführungen in der Kopftuchentscheidung des Ersten Senats (BVerfGE 138, 296ff. Rn. 106f.) vgl. auch unten S. 107ff.

Für den Ersten Senat kann nur die Feststellung einer „hinreichend konkrete[n] Gefahr für den zur Erfüllung des Erziehungsauftrages notwendigen Schulfrieden oder die staatliche Neutralität“ ein gegen das Tragen des Kopftuchs durch eine Lehrerin im Schulunterricht gerichtetes Verbot rechtfertigen.⁹³

Eine derartige hinreichend konkrete Gefahr sei in einer Situation gegeben, „in der – insbesondere von älteren Schülern oder Eltern – über die Frage des richtigen religiösen Verhaltens sehr kontroverse Positionen mit Nachdruck vertreten und in einer Weise in die Schule hineingetragen würden, welche die schulischen Abläufe und die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags ernsthaft beeinträchtigte, sofern die Sichtbarkeit religiöser Überzeugungen und Bekleidungspraktiken diesen Konflikt erzeugte oder schürte“. Dann sei es Pädagoginnen und Pädagogen zuzumuten, die religiös konnotierte Kleidung abzulegen.⁹⁴

Kritische Stimmen haben diese Argumentation als in sich selbst widersprüchlich kritisiert. Das Gericht prämiere die Verhinderung des von ihm selbst gerechtfertigten Grundrechtsgebrauchs.⁹⁵ Die Kritik scheint begründet zu sein. Bedeutsamer ist die Tatsache, dass die Senatsmehrheit hier auf mögliche vehemente Kritiker des islamischen Kopftuchs abstellt. Der Senat scheint derartigen Protesten eine gewisse Berechtigung nicht absprechen zu wollen, da er ansonsten, wie ein Teil der Kritiken richtig anmerkt, ja die Schule und die Schulverwaltung dazu verpflichtet müsste, den ungestörten Grundrechtsgebrauch der das Kopftuch tragenden Lehrerin sicherzustellen. Das tut er nicht. Hier dringen die islamischen Konflikte um das Kopftuch und die Rolle der Frauen zum einzigen Mal – leider höchst verstohlen – in die Entscheidungsbegründung ein. Es ist unverständlich, dass insofern nur auf Eltern und ältere Schüler abgestellt wird. Denn Mädchen leiden am meisten unter dem Konflikt zwischen westlicher Freiheit und den islamischen Bekleidungs Vorschriften sowie dem in vielen muslimischen Familien damit verbundenen und propagierten Frauenbild. Der Erste Senat thematisiert die infolgedessen gegebenen Konflikte und Tatsachen, die öffentlich in einer Vielzahl von Untersuchungen und Kommentaren dargestellt worden sind und diskutiert werden, nicht. Sie würden seine einseitig die grundrechtlich geschützte Glaubensfreiheit der Lehrkräfte an die Spitze stellenden Bewertungen unterminieren.

Im Fall einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden hält der Erste Senat normative Regelungen des Landesgesetzgebers oder – mangels derer – Maßnahmen der Schule bzw. der Schulverwaltung für rechtlich möglich, geboten und angemessen. Die entscheidenden Überlegungen lauten:

⁹³ A.a.O., Rn. 108.

⁹⁴ A.a.O., Rn. 113.

⁹⁵ Kritisch diesbezüglich z.B. *Christine Langenfeld*, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an?, *ZevKR* 2015, 420 (426f.); *Ute Sacksofsky*, *DVBl.* 2015, 801 (806); *Hans-Jürgen Papier*, Zur Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *RdJB* 2015, 213-216.

„Wird in bestimmten Schulen oder Schulbezirken aufgrund substantieller Konfliktlagen über das richtige religiöse Verhalten bereichsspezifisch die Schwelle zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht, so kann ein verfassungsrechtlich anzuerkennendes Bedürfnis bestehen, äußere religiöse Bekundungen nicht erst im konkreten Einzelfall, sondern etwa für bestimmte Schulen oder Schulbezirke über eine gewisse Zeit auch allgemeiner zu unterbinden. Einer solchen Situation kann der Gesetzgeber insoweit auch vorbeugend [...] durch bereichsorientierte Lösungen Rechnung tragen. Dabei hat er, gerade in großen Ländern, die Möglichkeit, differenzierte, beispielsweise örtlich und zeitlich begrenzte Lösungen vorzusehen, gegebenenfalls etwa unter Zuhilfenahme einer hinreichend konkretisierten Verordnungsermächtigung. Auch im Fall einer solchen Regelung wird im Interesse der Grundrechte der Betroffenen zunächst eine anderweitige pädagogische Verwendungsmöglichkeit in Betracht zu ziehen sein.“⁹⁶

Mangels einer derartigen „differenziertere[n] Regelung“ könne im Fall einer belegbaren und zu begründenden hinreichend konkreten Gefahr für die staatliche Neutralität oder den Schulfrieden eine „Verdrängung der Glaubensfreiheit von Lehrkräften [...] als angemessener Ausgleich der in Rede stehenden Verfassungsgüter in Betracht kommen“.⁹⁷

Demnach darf pädagogischen Kräften das Tragen religiös konnotierter Kleidung im Unterricht mittels Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsmaßnahme nicht untersagt werden, ohne dass eine konkrete Gefahr nachgewiesen und begründet dargelegt wird. Ein derartiges Prinzip in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gegossen, ließe – bei Nachweis der Intensität und Verbreitung von Gefahren für die Rechtsgüter der staatlichen Neutralität und des Schulfriedens – ein Verbot des Kopftuchs als religiös konnotierter Kleidung von Lehrpersonal zu, vorausgesetzt, es bestünde keine anderweitige Verwendungsmöglichkeit für die betroffenen Lehrkräfte. Der Erste Senat setzt dem jedoch sofort eine kaum überwindbare Grenze:

„Das Tragen eines islamischen Kopftuchs begründet eine konkrete Gefahr im Regelfall

⁹⁶ A.a.O., Rn. 114. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Bezugnahme auf die erste Kopftuchentscheidung in BVerfGE 108, 282 [306f.]: Denn der Zweite Senat stellt dort explizit die konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung und ihre religiöse Verwurzelung als auch von den Ländern zu berücksichtigende Faktoren bei der Lösung verfassungsrechtlich gegebener Spannungsverhältnisse heraus. Das bedeutet: Auch Konflikte innerhalb einer Religion (hier: des Islams) und ihre kulturellen Auswirkungen dürfen berücksichtigt werden. Hätte sich der erste Senat den vollen Umfang dieses von ihm positiv zitierten Gedankens vor Augen geführt, hätte seine Entscheidung völlig andere (möglicherweise weiter zu klärende) Sachverhalte zum Gegenstand gehabt.

⁹⁷ A.a.O., Rn. 115 und 116.

nicht. Vom Tragen dieser Kopfbedeckung geht für sich genommen noch kein werbender oder gar missionierender Effekt aus. [...] Die bloß visuelle Wahrnehmbarkeit ist in der Schule als Folge individueller Grundrechtsausübung ebenso hinzunehmen, wie auch sonst grundsätzlich kein verfassungsrechtlicher Anspruch darauf besteht, von der Wahrnehmung anderer religiöser oder weltanschaulicher Bekenntnisse verschont zu bleiben.“⁹⁸

Angesichts dieser grundlegenden Bewertung der Senatsmehrheit führt die von ihr ins Auge gefasste „gebietsbezogene, möglicherweise auch landesweite Untersagung“ bei einer hinreichend konkreten Gefahr im gesamten Geltungsbereich der Untersagung zu keinem anderen Ergebnis.⁹⁹ Denn der Frage nach der Ursache von Gefahren, nämlich nach den Wirkungen des Kopftuchs sowie den sie vermittelnden kulturell-religiösen Mechanismen, wird im Ergebnis durch einseitige Hervorhebung der individuellen Grundrechtsposition der Trägerinnen die Berechtigung abgesprochen:

„Allerdings ist mit Rücksicht auf die grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG die Annahme verfehlt, schon das Tragen eines islamischen Kopftuchs oder einer anderen, auf eine Glaubenszugehörigkeit hindeutenden Kopfbedeckung sei schon für sich genommen ein Verhalten, das [...] ohne Weiteres den Eindruck hervorrufen könne, dass die Person, die es trägt, gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Art. 3 GG, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftrete. Diese pauschale Schlussfolgerung verbietet sich. Wenn das Tragen des Kopftuchs etwa als Ausdruck einer individuellen Kleidungsentscheidung, von Tradition oder Identität¹⁰⁰ erscheint oder die Trägerin als Muslimin ausweist, die die Regeln ihres Glaubens, insbesondere das von ihr als verpflichtend verstandene Bedeckungsgebot, strikt beachtet, lässt sich das ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht als Distanzierung von den in § 57 Abs. 4 Satz 2 SchulG NW genannten verfassungsrechtlichen Grundsätzen interpretieren. Auch den Glaubensrichtungen des Islam, die das Tragen des Kopftuchs zur Erfüllung des Bedeckungsgebots verlangen, aber auch genügen lassen, kann nicht unterstellt werden, dass sie von den Gläubigen ein Auftreten gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Art. 3 GG, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung fordern, erwarten oder auch nur erhoffen.“¹⁰¹

⁹⁸ A.a.O., Rn. 116.

⁹⁹ A.a.O., Rn. 80.

¹⁰⁰ Hier verweist der Erste Senat auf die Kopftuchsentscheidung von 2003: BVerfGE 108, 282 (303ff.).

¹⁰¹ A.a.O., Rn. 118. Das zweimalige „schon“ im zweiten Halbsatz dürfte ein Redaktionsversehen sein.

Das Gewicht und die wahre Bedeutung der hier getroffenen Aussagen fallen beim ersten Lesen nicht leicht ins Auge. Betrachtet man aber die am Ende der Passage zu findende Formulierung – „kann nicht unterstellt werden“ –, so wird klar: Die Mehrheit des Ersten Senats warnt, wer Strömungen des Islams¹⁰² untersuche, die eine Pflicht zum Kopftuchtragen propagierten, dürfe ihnen nichts unterstellen, insbesondere keine Gegnerschaft zu Grundrechten oder gegen zentrale Aussagen des Grundgesetzes. Eine Unterstellung ist per se eine unbewiesene Behauptung, sodass dies eine Selbstverständlichkeit zu sein scheint. Das Problem ist nun aber, dass genau dieser Vorwurf gegen große Strömungen und Gruppierungen des Islams erhoben wird und dass es dafür auch tatsächliche Belege gibt. Die Senatsmehrheit stellt so zwar in zu begrüßender Weise heraus, dass das Tragen eines Kopftuchs nicht als Anzeichen einer extremistischen Gesinnung zu bewerten ist. Jedoch geht die anschließende Erstreckung dieser für den einzelnen Muslim zutreffenden Aussage auf ganze Strömungen des Islams in die Irre. Die Frage nach einem Zusammenhang zwischen der politischen Orientierung des institutionalisierten konservativen Mehrheitsislams und der Forderung nach dem Tragen eines Kopftuchs ist als zu untersuchende Frage berechtigt und hat schon zu zahlreichen Umfragen und Untersuchungen geführt.¹⁰³ In diesem Zusammenhang von Unterstellung zu sprechen, deutet eher darauf hin, dass die Senatsmehrheit dieses Thema ein für alle Mal aus der Diskussion verbannen wollte. Das Gericht begibt sich mit diesen Formulierungen auf eine schiefe Ebene.

Welche Bedeutung kommt der hier vom Senat ins Spiel gebrachten Möglichkeit von vorbeugenden, bereichsspezifischen oder bereichsorientierten, zeitlich oder örtlich begrenzten Maßnahmen zu? Was wäre auf der Grundlage dieser Entscheidung der Gehalt „einer hinreichend konkretisierten Verordnungsermächtigung“? Ausschlaggebend ist für diese Frage die Festlegung des Senats, dass allein das Tragen eines Kopftuchs durch eine muslimische Lehrkraft nicht hinreicht, um eine Gefahr für andere verfassungsrechtlich geschützte Güter zu verursachen. In der Lesart der Senatsmehrheit bedarf es für die Erzeugung einer Gefahr einer Reaktion auf das Kopftuch quasi von außerhalb der Schulklasse: Genannt werden Eltern und ältere Schüler, die Kontroversen über das Kopftuch in die Schule oder Schulklasse hineintragen. Bezirks- oder schulbezogene Untersagungen wären damit auf die nachgewiesene Existenz derartiger oppositionell agierender Personen oder Gruppen und derartiger Aktivitäten von ihnen angewiesen. Es ist sofort offenbar, dass eine solche Realität auch und gerade in Schulen und Bezirken mit überwiegend muslimischen Anteilen der Bevölkerung

¹⁰² Der Terminus „Glaubensrichtungen“ verweist auf die der Religionsdogmatik des Islam eher fernstehende Begrifflichkeit der Theologie.

¹⁰³ Herausragend: *Pew Research Center – The Pew Forum on Religion & Public Life, The World's Muslims: Religion, Politics and Society*, Washington April 30, 2013. Vgl. dazu den Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“, S. 86ff.

und/oder der Schüler dem Phantasie Reich angehört. Da der Senat nur eine konkrete, faktisch nachgewiesene Gefahr im Zusammenhang des Kopftuchs für möglich erklärt, eine jederzeit vom Kopftuchtragen von Lehrkräften ausgehende Gefahr für andere Verfassungsgüter aber verneint, können die von ihm vorgeschlagenen Instrumente nur für die von ihm für möglich erklärten konkreten Gefahren eingesetzt werden, nicht dagegen allgemein gegen das Tragen von islamisch konnotierten Kopftüchern durch Lehrkräfte im schulischen Unterricht.

b) Die tatsachenbezogenen Untersuchungen und Feststellungen

Der Erste Senat übernimmt hinsichtlich der tatsächlichen Elemente des Kopftuchtragens und seiner Wirkungen zu einem Großteil die Feststellungen des Zweiten Senats aus dem ersten Kopftuchurteil, sodass hier nur die Parallelen samt den so übernommenen Hypothesen umrissen und in Erinnerung gerufen werden, um anschließend die wesentlichen Unterschiede zu beleuchten.

Zwar fragt der Zweite Senat nach der Wirkung des von pädagogischem Personal im schulischen Unterricht getragenen islamischen Kopftuchs. Indem aber auf subjektive Motive der Trägerinnen und mögliche Verständnisse des Kopftuchs abgestellt wird, kommt es zu einer Individualisierung und Subjektivierung, ohne dass seine Wirkung in Rahmen einer islamisch beeinflussten Schul- und Schulklassenkultur insbesondere unter muslimischen Schülerinnen und Schülern empirisch und tatsächlich in den Blick kommt. Islamwissenschaftlich fundierte Erkenntnisse zu diesem Problem wie zur realen Funktion des Kopftuchs in islamisch geprägten Kulturen können so nicht einbezogen werden. Dass die Wirkungen des Kopftuchs völlig unabhängig von den Selbstverständnissen der Trägerinnen wie von unterschiedlichen Auffassungen des Kopftuchs eintreten und zu analysieren sind, wird bereits in der ersten Kopftuchentscheidung nicht hinreichend klar gesehen, sodass die rechtlichen Folgen dieser Wirkungen ebenfalls nicht klar benannt werden können. Der Erste Senat übernimmt in der zweiten Kopftuchentscheidung diese Hypothek gleichsam unbesehen.¹⁰⁴

Der Zweite Senat gelangte nach Anhörung mehrerer Sachverständiger zu der Einschätzung, für eine endgültige Aussage zu Gefahren für verfassungsrechtlich geschützte Güter durch das Kopftuch von Lehrkräften im schulischen Unterricht fehle es an gesicherten Fakten, auch wenn er auf abstrakter Ebene eine Gefährdung für möglich hielt. Deshalb überließ er die – auch von landesspezifischen Tatsachen abhängige – diesbezügliche Urteilsbildung und Entscheidung den Landesgesetzgebern. Der Erste Senat entscheidet dagegen ohne weitere Klärung der tatsächlichen Wirkungen und Folgen

¹⁰⁴ So z.B.: Wird das islamische Kopftuch „als äußeres Anzeichen religiöser Identität verstanden, so bewirkt es das Bekenntnis einer religiösen Überzeugung, ohne dass es hierfür einer besonderen Kundgabeabsicht oder eines zusätzlichen wirkungsverstärkenden Verhaltens bedarf.“ A.a.O., Rn. 94.

des islamischen Kopftuchs bei schulischen Lehrkräften im Unterricht zu Gunsten des Kopftuchs. Dafür ausschlaggebend ist seine rechtliche Bewertung der Glaubensfreiheit der Trägerinnen des Kopftuchs, da er keine über die erste Kopftuchentscheidung und die dort erhobenen Tatsachen hinausgehenden faktischen Feststellungen zu den Wirkungen des Kopftuchtragens trifft.

Dem Ersten Senat hätte sich diese Möglichkeit angesichts des Vorbringens der Beschwerdeführerin zu 1) geboten:

„Der Eingriff in ihre Religionsfreiheit wiege besonders schwer, da die Verhüllung ihres Haares für sie eine unbedingt zu wahrende religiöse Pflicht sei, die ihr in ihrem Kern unmöglich gemacht werde. Unabhängig davon sei auch der Kern ihrer Persönlichkeitsbildung betroffen, da sie nicht mehr über die Reichweite ihres Schamempfindens bestimmen könne.“¹⁰⁵

Ein Schamempfinden bei Tragen von offenem Haar und die daraus folgende unbedingte Verhüllung ist in großen Teilen islamisch geprägter Kulturen ein Zeichen dafür, dass die Frau der herrschenden Vorstellung zustimmt, durch das Zeigen des weiblichen Haares würden Männer in Versuchung geführt. Wird im Kopftuch das Setzen eines auf Sexualität bezogenen Zeichens gesehen, so wird damit ein strikt einzuhaltendes Verhüllungsgebot islamischer oder islamistischer Provenienz legitimiert.¹⁰⁶ Darüber hinaus bezeichneten die Beschwerdeführerinnen in ihrem weiteren Vortrag das Tragen der Kopfbedeckung „als unbedingte religiöse Pflicht und als elementaren Bestandteil einer am Islam orientierten Lebensweise“.¹⁰⁷ Kennzeichnet dies das religiöse Selbstverständnis der Beschwerdeführerinnen, so bekunden sie damit, die von ihnen strikt verstandenen islamischen Bekleidungs Vorschriften als verbindliche religiöse Pflicht auch nach außen gewendet in der Schule kundgeben zu wollen. Damit stehen sie in lückenloser Übereinstimmung mit sehr großen Teilen des konservativ-orthodox institutionalisierten, sunnitisch oder schiitisch orientierten Mehrheitsislams (ungeachtet je unterschiedlicher Anforderungen an das Kopftuch selbst). Diese Tatsache hätte den Ersten Senat zu Fragen nach den Folgen einer solchen islamisch geprägten Kultur im Schulleben von Klassen mit mehrheitlichen oder großen Anteilen muslimischer Schülerinnen und Schüler veranlassen müssen. Dass dies zu schwerwiegenden Folgen führen kann, stand sogar im Mittelpunkt der Stellungnahme der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V.:

¹⁰⁵ A.a.O., Rn. 44.

¹⁰⁶ Vgl. dazu den Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“ unten S. 86ff.

¹⁰⁷ A.a.O., Rn. 88.

„Trage eine Lehrerin als Autoritätsperson ein Kopftuch, könne das Schülerinnen unter Druck setzen und ihre Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen. Diese Vorbildwirkung könne auch dazu führen, dass die Familie Druck auf die Schülerinnen ausübe. Alevitische Mädchen, für die das Kopftuch keine religiöse Pflicht sei, erlebten das Kopftuch in der Schule oft als diskriminierend, weil ihnen von muslimischen Mitschülerinnen die Verletzung religiöser Regeln vorgeworfen werde. Schon der Druck, der hier von anderen Schülerinnen ausgeübt werde, sei groß. Insofern werde die Wahlfreiheit von Schülerinnen durch Kopftuch tragende Lehrerinnen enorm beeinträchtigt.“¹⁰⁸

Die Senatsmehrheit geht in ihrer gesamten Begründung nicht auf diesen Tatsachenvortrag ein. Sie verschließt damit die Augen vor der Tatsache, dass ein nicht unerheblicher Teil (wohl ca. 20 %) der in Deutschland lebenden Menschen türkischer Herkunft zu den Aleviten zählen dürfte und dass ein so detaillierter Vortrag die Realität des Alltags an vielen deutschen Schulen wiedergibt.

Der Erste Senat stellt ebenso wie vorgängig der Zweite Senat in seinem Kopftuchurteil und in Übereinstimmung mit dem Bundesarbeitsgericht zur Ermittlung des Erklärungswerts des Kopftuchs nur auf Deutungsmöglichkeiten ab, die für eine nicht unerhebliche Zahl von Betrachtern nahe liegen („objektiver Betrachterhorizont“):

„Dieses auf den kommunikativen Charakter einer „äußeren Bekundung“ im Sinne des § 57 Abs. 4 Satz 1 SchulG NW und auf den objektiven Betrachterhorizont abstellende Normverständnis steht in Einklang mit dem in dieser Vorschrift angelegten Wirkzusammenhang zwischen den dort genannten äußeren Bekundungen einerseits und den davon betroffenen Schutzgütern, also der staatlichen Neutralität und des Schulfriedens, andererseits.“¹⁰⁹

Der Senat setzt damit die Tradition fort, die tatsächliche Wirkung bei den betroffenen muslimischen Schülerinnen und Schülern außer Acht zu lassen. Es ist erstaunlich, dass er auch noch meint, ein solches Vorgehen stelle auf den „Wirkzusammenhang“ zwischen dem Tragen des Kopftuchs und der Reaktion der Schüler in Schule und Klassenzimmer ab, wenn die konkreten Abläufe, wie sie die alltägliche Schulpraxis kennzeichnen, nicht in den Blick genommen werden und wenn dies die vom Senat gewählte Methodik wohl auch ausschließt.

¹⁰⁸ A.a.O., Rn. 68.

¹⁰⁹ A.a.O., Rn. 92.

3. Kritische Bewertung

Die Entscheidung des Ersten Senats zum Tragen des islamischen Kopftuchs durch Lehrkräfte im schulischen Unterricht ist in drei grundlegenden Aussagen zusammenzufassen:

- (1) Das Tragen eines islamisch konnotierten Kopftuchs durch Lehrkräfte im schulischen Unterricht ist im Fall eines nachvollziehbar als verpflichtend empfundenen religiösen Gebots von der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt.
- (2) Ein Kopftuchverbot ist nur dann zu rechtfertigen, wenn eine konkrete und nachgewiesene Gefahr für verfassungsrechtlich geschützte Güter – die negative Glaubensfreiheit der Schüler und Eltern, den staatlichen Erziehungsauftrag oder die religiös-weltanschauliche Neutralität staatlicher Funktionserfüllung – besteht.
- (3) Ein Verbot des Kopftuchtragens, das nur mit dem Bestehen einer abstrakten Gefahr für die benannten verfassungsrechtlich geschützten Güter gerechtfertigt wird, ist angesichts der Bedeutung des Grundrechtsgebrauchs für die schulische Lehrkraft unangemessen und unverhältnismäßig.

Die wissenschaftlichen und politischen Reaktionen auf die Entscheidung gehen in zwei einander entgegengesetzte Richtungen: Teils stimmen sie zu oder plädieren über die Entscheidung hinaus für eine noch weitergehende Freigabe des Kopftuchtragens durch Lehrkräfte, teils halten sie unter Aufnahme des Minderheitsvotums Verbote weiterhin für rechtmäßig.

a) Den Beschluss unterstützende oder ihn weitertreibende Stimmen

Stimmen aus der Wissenschaft unterstützen den Beschluss¹¹⁰ oder plädieren weitergehend dafür, das Kopftuchtragen von Lehrkräften noch umfassender freizugeben.¹¹¹ Ein rechtsdogmatischer Ansatz wird für Letzteres ins Feld geführt: Der erforderliche Prüfungspunkt einer Geeignetheit des Verbots von Kopftüchern sei unterschlagen worden. Es hätte geprüft werden müssen, ob ein Verbot den

¹¹⁰ Tobias Büscher/Stefan Glasmacher, *Schule und Religion*, JuS 2015, 513ff. (515f.); Tonio Klein, DÖV 2015, 464 (468ff.); Stefan Muckel, JA 2015, 476-478 (Frage nach den Bedingungen einer hinreichend konkreten Gefährdung des Schulfriedens); Robert van Ooyen, *Recht und Politik* 2015, 65-69; Ute Sacksofsky, DVBl. 2015, 801 (808); Thomas Traub, NJW 2015, 1338 (1339f.) (unter ausweitemdem Verständnis „substanzieller Konfliktlagen“ über das richtige religiöse Verhalten); Peter Voigt, *ArbuR* 2015, 207; Norbert Manterfeld, ZAT 2016, 20-24; Johannes Rux, *Schulrecht*, 6. Aufl. 2018, Rn. 705; Susanne Baer/Nora Markard, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 466, 519f.; Peter Unruh, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 33. Schon im Vorfeld dieser Entscheidung sprachen sich zahlreiche Autoren für eine Einzelfallprüfung aus: Kirsten Wiese, *Lehrerinnen mit Kopftuch. Zur Zulässigkeit eines religiösen und geschlechtsspezifischen Symbols im Staatsdienst*, 2008; Maria Pottmeyer, *Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und in England*, 2011, S. 242-247 mit umfassendem Literaturreisblick in FN 170; Michael Germann, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 49.3.

¹¹¹ Benjamin Rusteberg, JZ 2015, 637 (640f.); in der Tendenz auch Lothar Häberle, *Der Staat* 57 (2018), 35-76; ders., DVBl. 2018, 1263-1268.

verfolgten Zweck zumindest fördere und ob das Tragen des islamisch konnotierten Kopftuchs geeignet sei, zu schützende Rechtsgüter zu gefährden. Ohne eine derartige Prüfung sei das Gericht zu dem Ergebnis gekommen, die negative Glaubensfreiheit der Schüler, das Elterngrundrecht und der staatliche Erziehungsauftrag seien nicht gefährdet, solange die ein Kopftuch tragende Lehrperson weder für ihren Glauben werbe noch sonst über ihr Auftreten hinaus eine Beeinflussung der Schüler versuche: Mangels Identifizierung des Staates mit der Glaubensbezeugung und mangels billiger Duldung sei die Konfrontation mit der individuellen Grundrechtsausübung hinzunehmen. Fehle es aber an einer dem Staat zuzurechnenden Maßnahme, die Verfassungsgüter gefährde, so hätte das Gericht die Ungeeignetheit eines Verbots feststellen und es aus diesem Grund für verfassungswidrig erklären müssen. Sollte der Schulfrieden durch Proteste gegen die religiöse Kleidung gestört werden, so sei primär gegen die protestierenden Verursacher vorzugehen und ein Verbot komme nicht in Betracht.¹¹²

Diese Position verblüfft, weil erst zutreffend das Fehlen einer tatsachenbezogenen Untersuchung, ob das Kopftuchtragen Rechtsgüter gefährden könne, kritisiert wird, sodann aber dem Ersten Senat schlicht zugestimmt wird, dass eine solche Gefährdung nicht gegeben sei, um sodann über die Entscheidung hinaus Verbote wegen Ungeeignetheit als rechtswidrig zu erklären. Schon aufgrund der inneren Widersprüchlichkeit überzeugt diese Kritik nicht. Auch die pauschale Aussage, ein Kopftuchverbot versperre betroffenen Lehrkräften weitgehend den Zugang zum gewählten Beruf, ist angesichts der auf diese Weise ungeklärt bleibenden Konflikte zwischen verfassungsrechtlichen Schutzgütern und Freiheiten nicht überzeugend.¹¹³

b) Den Beschluss kritisierende Stimmen

Zahlreiche Kritiker lehnen den Beschluss des Ersten Senats ab und halten das Urteil des Zweiten Senats für überzeugend.¹¹⁴ Bereits das abweichende Votum der Minderheit enthält eine in fast jeder

¹¹² *Benjamin Rusteberg*, a.a.O., 641f.

¹¹³ *Benjamin Rusteberg*, a.a.O., 642; hochproblematisch der Versuch, die Diskriminierungsverbote in Art. 33 Abs. 3 GG in positive Zugangsrechte für Angehörige aller in der Gesellschaft vertretener Gruppen in den öffentlichen Dienst und zur Ausübung öffentlicher Gewalt umzuinterpretieren – gleichsam eine Erstreckung gruppenbezogener Identitätspolitik in den staatlichen Raum (ebd.). Parallel dazu bewertet *Rusteberg* abschließend die erste Entscheidung des BVerfG zum Kopftuch als Ausschluss der Angehörigen einer bestimmten Gruppe wegen ihres Glaubens vom Zugang zum öffentlichen Dienst.

¹¹⁴ Neben der abweichenden Meinung von *Schluckebier* und *Herrmans*, BVerfGE 138, 296 (359 Rn. 18) vgl.: *Maximilian Baßlsperger*, PersR 2015, Nr. 5, 35-38 (36ff.); *Daniel Enzensperger*, NVwZ 2015, 871 (872f.); *Claudio Franzius*, Vom Kopftuch I zum Kopftuch II – Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitsprüfung?, Der Staat 54 (2015), 435 (441ff.); *Michael Heinig*, Kurswechsel in der Kopftuchfrage: nachvollziehbar, aber mit negativen Folgewirkungen, VerfBlog, 2015/3/13, <http://verfassungsblog.de/kurswechsel-in-der-kopftuchfrage-nachvollziehbar-aber-mit-negativen-folgewirkungen>; *ders.*, Ein neues Kapitel in einer unendlichen Geschichte? Verfassungsrechtliche, prozessrechtliche und religionspolitische Anmerkungen zum Kopftuchbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 2015, RdJB 2015, 217-232; *Christine Langenfeld*, ZevKR 2015, 420

Kritik wieder aufgenommene Feststellung: Die Mehrheit „misst dem elterlichen Erziehungsrecht und der negativen Glaubensfreiheit der Schüler sowie dem staatlichen Erziehungsauftrag, der unter Wahrung der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllen ist, im Verhältnis zu der Glaubensfreiheit der Pädagogen in dem zu einem schonenden Ausgleich zu bringenden multipolaren Grundrechtsverhältnis in der Schule zu geringes Gewicht bei und verkürzt den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers“.¹¹⁵ Das Minderheitsvotum betont mehrmals Unterschiede zwischen der Kultur der offenen pluralistischen Gesellschaft und den besonderen Bedingungen des Schulverhältnisses, um deren Import in die Schule kritisch zu beleuchten, ohne allerdings die besonderen Herausforderungen für schulisches Lernen samt den dafür erforderlichen Bedingungen durch die islamische Religionskultur im Einzelnen wahrzunehmen.¹¹⁶ Allerdings liegt ein erster Schritt in diese Richtung in der treffenden Feststellung: „Eine wirklich offene Diskussion über die Befolgung religiöser Bekleidungsregeln und -praktiken wird, wenn Lehrpersonen persönlich betroffen sind, in dem spezifischen Abhängigkeitsverhältnis der Schule allenfalls begrenzt möglich sein.“¹¹⁷ Der Hinweis auf eine Verursachung und Förderung von Konflikten innerhalb der Schülerschaft und unter den Eltern durch das Tragen des islamischen Kopftuchs ist zwar ebenfalls zutreffend, es werden aber deren Bedingungen und Ursachen, abgesehen von dem Hinweis auf „unterschiedliche Anschauungen über das 'richtige' glaubensgeleitete Verhalten“, nicht näher in den Blick genommen.¹¹⁸ Mangels genauer Wahrnehmung der durch die islamische Religionskultur an Schulen ermöglichten Konflikte reicht der berechtigte Hinweis auf die Pflicht des schulischen Amtsträgers zur Zurückhaltung bei äußeren religiösen Bekundungen, „wenn seine Überzeugung bei der Wahrnehmung des staatlichen Erziehungsauftrags mit den Grundrechten anderer kollidieren kann“, nicht bis in das Gesamtzentrum der Problematik.¹¹⁹ Ohne präzise Kenntnis der Konfliktstrukturen ist die Zurückhaltungspflicht inhaltlich nicht exakt zu bestimmen.

Unter Aufnahme einer im Minderheitsvotum anzutreffenden Argumentation wenden Kritiker gegen die Kopftuchentscheidung des Ersten Senats ein, sie verlagere die Problematik samt erforderlichen Tatsachenfeststellungen und dafür notwendigen Befragungen auf die einzelne Schule, was in der

(426ff., 433f.); *Karl-Heinz Ladeur*, JZ 2015, 633 (636f.); *Klaus Schönenbroicher*, VBIBW 2015, 329 (330f.); *Jürgen Schwabe*, DVBl. 2015, 570-572 (571f.); *Jürgen Vahle*, DVP 2015, 212-217 (215ff.); *Uwe Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1091f.); *Heinrich Amadeus Wolff*, BayVBl. 2015, 489-494; *Juliane Kokott*, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 68f.; differenzierend, aber im Ergebnis sehr kritisch: *Hans-Jürgen Papier*, Zur Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2015, 213-216.

¹¹⁵ Minderheitsvotum der zweiten Kopftuchentscheidung Rn. 5: BVerfGE 138, 296ff. = JZ 2015, 676ff. (676). Vgl. für zahlreiche zustimmende Autoren – ein großer Teil der in Anm. 114 angeführten Stimmen – z.B. *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 445.

¹¹⁶ A.a.O., Rn. 11 = JZ 2015, 677.

¹¹⁷ A.a.O., Rn. 12 = JZ 2015, 677.

¹¹⁸ A.a.O., Rn. 13 = JZ 2015, 677.

¹¹⁹ A.a.O., Rn. 14 = JZ 2015, 677.

Folge zu einer stärkeren Personalisierung der Konflikte führe und den schulischen Alltag weiter in Konflikte verstricken müsse. Schon anlässlich der Gesetzgebungsverfahren infolge der ersten Kopftuchentscheidung in Schleswig-Holstein, Hessen und Nordrhein-Westfalen wurde diese Argumentation nicht zuletzt von Verbänden der Schulleiter geltend gemacht.¹²⁰ Gegen die damit verbundenen Belastungen für den schulischen Alltag und die dementsprechend daraus folgenden Überlastungen der Schulleitungen wurde die Rationalität einer landesweiten gesetzlichen Regelung hervorgehoben.¹²¹

Die Mehrzahl der Kritiker gibt der vom Zweiten Senat vorgeschlagenen Lösung den Vorzug: als Wahl zwischen einem einerseits an strenger religiös-weltanschaulicher Neutralität ausgerichteten Modell – generell mögliche Gefährdungen des Schulfriedens und das Prinzip der staatlichen Neutralität können landesgesetzliche Verbote ermöglichen und rechtfertigen – und einem andererseits die religiös-weltanschauliche Pluralität auf Seiten der Lehrkräfte weitgehend in den schulischen Alltag hineinholenden Modell. Die Lösung des Ersten Senats – erstens keine strenge staatliche Neutralität in Form eines religionsfreien Modells von Schule wegen grundrechtlicher Unverhältnismäßigkeit des abstrakten und ausnahmslosen Kopftuchverbots und zweitens Verpflichtung des Gesetzgebers, bei der Auflösung der grundrechtlichen Kollisionslage die Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zuzulassen – sei dagegen grundrechtlich einseitig orientiert und unpraktikabel.¹²² In einer derartigen Konfliktsituation sei es besser, dem Zweiten Senat zu folgen, um die Konkretisierung der Abwägung zwischen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern der Politik zu überlassen und nur einen Rahmen für die Ausfüllung des der Wesentlichkeitstheorie folgenden Gesetzesvorbehalts anzubieten: „Pluralisierungsprozesse bedürfen der politischen Entscheidung.“¹²³

Kritiker und Befürworter der Entscheidung des Ersten Senats lehnen unter rechtsdogmatischen Aspekten eine zentrale und grundlegende Figur ab: Die Senatsmehrheit unterstellt die muslimische Lehrerin zwar hinsichtlich des Tragens des Kopftuchs dem Schutz der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), erlaubt aber sein Tragen nur solange, bis es anlässlich dessen zu unfriedlichen

¹²⁰ So mit zahlreichen Nachweisen das Minderheitsvotum a.a.O., Rn. 15f. = JZ 2015, 677f.

¹²¹ A.a.O., Rn. 15f. = JZ 2015, 677f. So hebt *Karl-Heinz Ladeur* positiv hervor, der Zweite Senat habe eine bewegbare Kollisionsordnung beabsichtigt; vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, a.a.O., 634.

¹²² „Hielt der Zweite Senat in überzeugender Zurückhaltung eine strengere Neutralitätslösung für denkbar, verpflichtet der Erste Senat die staatlichen Organe nunmehr auf das Tolerierungsmodell.“ Für alle Kritiker hier nur: *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 444.

¹²³ *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 443.

Reaktionen und Konflikten kommt.¹²⁴ Mit gutem Grund wird herausgestellt¹²⁵, das grundrechtlich geschützte Handeln der Lehrerin werde gegenüber den Kritikern des Grundrechtsgebrauch zurückgesetzt, um „eine geordnete, insbesondere die Grundrechte der Schüler und Eltern sowie das staatliche Neutralitätsgebot wahrende Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags“ sicherzustellen. Wie bereits dargestellt, leidet die Mehrheitsbegründung an diesem wesentlichen Widerspruch, weil sie (gleichsam mit schlechtem) Gewissen den Kritikern von Phänomenen der islamischen Religionskultur diese Bekundungen nicht untersagen lassen wollte.

Hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen des Kopftuchs muslimischer Lehrerinnen im schulischen Unterricht wird von der Kritik aufmerksam hervorgehoben, dass der Zweite Senat, dabei von einem Gutachter unterstützt, eine problematische Vorbildwirkung des Kopftuchs angesichts der pädagogischen Autorität seiner Trägerinnen bejaht hatte: Dies missachte der Erste Senat, wohl um die Gefahrengrenze weiter wegzuschieben.¹²⁶

Der Aufbruch der wissenschaftlichen Kritik zu einander entgegengesetzten Zielen, obwohl gleiche oder miteinander eng verwandte rechtsdogmatische Elemente eingesetzt werden, weist darauf hin, dass der wahre Quell der Differenzen nicht nur die Rechtsdogmatik, sondern die Erkenntnis und die Bewertung der tatsächlichen Zustände und Entwicklungen ist. Über den weiten Umfang des Schutzbereichs der Religionsfreiheit und die prinzipielle Grundrechtssubjektivität der Lehrkräfte besteht weitgehend Einigkeit. Hingegen besteht große Uneinigkeit über die tatsächlichen, nämlich kulturellen, religiösen und sozialen Wirkungen des Kopftuchtragens. Die Diskussion über diese Differenzen betrifft den Islam in seinem gesamten Umfang als Religion, Kultur und soziale Kraft. Unterschiedliche diesbezügliche Annahmen stehen – zum Teil unausgesprochen – hinter den Entscheidungen über rechtsdogmatische notwendige Weichenstellungen.

4. Gesamtbewertung

Eine kritische Gesamtbewertung der Entscheidung des Ersten Senats muss vor dem Hintergrund der wissenschaftlichen Kritik und des Minderheitsvotums zentral auf folgende drei Elemente abstellen: (1) die tatsächlich feststellbaren Wirkungen des von Lehrkräften getragenen islamischen Kopftuchs auf muslimische Schülerinnen und Schüler im Rahmen des schulischen Alltags und des schulischen

¹²⁴ Claudio Franzius, a.a.O. (Anm. 114), 445.

¹²⁵ Vgl. z.B. Ute Sacksofsky, a.a.O., 806; Benjamin Rusteberg, a.a.O., 641f.

¹²⁶ Karl-Heinz Ladeur, a.a.O., 634.

Lernens,

(2) die von diesen Wirkungen betroffenen Rechtsgüter und

(3) das eventuelle Ausmaß von Gefahren für diese Rechtsgüter.

Es wird abschließend zu überprüfen und zu bewerten sein, ob und inwieweit (auch aufgrund abweichender tatsächlicher Erkenntnisse) die zugrunde gelegten rechtsdogmatischen Einordnungen hinsichtlich einer konkreten bzw. abstrakten Gefahr für verfassungsrechtlich geschützte Güter aufrechtzuerhalten sind. In der Folge wird zu fragen sein, ob die vom Ersten Senat vorgenommenen Abwägungen und Gewichtungen zwischen den Grundrechten der Betroffenen und sonstigen Verfassungsgütern gerechtfertigt sind.

Hinsichtlich der tatsächlich festzustellenden Wirkungen des von Lehrkräften getragenen islamischen Kopftuchs auf muslimische Schülerinnen und Schüler, auf den schulischen Alltag und auf das schulische Lernen setzt sich der Erste Senat nicht in ernsthaft zu nennender Weise mit den umfangreichen, wenn auch nicht alle erforderlichen Fragerichtungen abdeckenden Erhebungen des Zweiten Senats in der ersten Kopftuchentscheidung auseinander. Er übernimmt aber vom Zweiten Senat Wahrnehmungsdefizite: Das Abstellen auf die subjektiven Motive der Trägerinnen und auf mögliche Verständnisse des Kopftuchs führt zu einer Individualisierung und Subjektivierung des Kopftuchtragens unter Vernachlässigung seiner tatsächlichen Wirkungen im Rahmen einer islamisch beeinflussten Schul- und Schulklassenkultur, nicht zuletzt unter muslimischen Schülerinnen und Schülern. Wissenschaftlich begründete Erkenntnisse werden so nicht einbezogen.¹²⁷

Angesichts der besonderen Betonung grundrechtlicher Positionen des schulischen Lehrpersonals durch den Ersten Senat wäre zu erwarten gewesen, dass er zwei zentrale Gedanken wenigstens in Betracht gezogen hätte: Tatsächliche Auswirkungen des Tragens eines islamisch konnotierten Kopftuchs können nicht nur im schulischen Einzelfall, sondern auch als vorhersagbarer Regelfall für ganze Schulbezirke und auch für ganze Stadtstaaten völlig unabhängig vom Selbstverständnis seiner Trägerin und von unterschiedlichen Auffassungen des Kopftuchs eintreten. Darüber hinaus gilt Vergleichbares auch auf der Ebene der Grundrechte: Die berechnete Inanspruchnahme eines Grundrechts kann unter Umständen unabhängig von ihrer Berechtigung rechtliche Auswirkungen auf andere Rechtsgüter haben und deshalb unter dem Aspekt der Kollision mit anderen vom Grundgesetz gewährleisteten Rechtsgütern zu untersuchen und zu bewerten sein. Der Erste Senat

¹²⁷ Vgl. zu den feststellbaren tatsächlichen Wirkungen des Kopftuchtragens der muslimischen Lehrerin im schulischen Alltag den Exkurs „Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur“ (S. 86ff.) und für die anschließenden juristischen Bewertungen unten S. 101-111. Die Vernachlässigung der Wirkung des islamischen Kopftuchs der Lehrerin auf Schüler kritisiert auch *Heinig*, Ein neues Kapitel, a.a.O. (Anm. 114), 223.

übernimmt in der zweiten Kopftuchentscheidung nicht nur Hypotheken aus der ersten Kopftuchentscheidung des Zweiten Senats. Er steigert ihr Gewicht. Das beruht nicht nur auf seiner einseitigen Bewertung der Grundrechtspositionen Betroffener, sondern auch auf der fehlenden Vertiefung in die tatsächliche Bedeutung der islamischen Religionskultur samt ihren Folgen für den Alltag in Klassenzimmer und Schule.

Werden aber die schulischen Konflikte im Zusammenhang mit der islamischen Religionskultur und mit dem Kopftuchtragen von Lehrerinnen nicht hinreichend genau wahrgenommen, so sind weder die teils erst für diese Konflikte zu konkretisierenden, aus ihrer Stellung im öffentlichen Dienst resultierenden Amts- und Dienstpflichten des schulischen Lehrpersonals noch die von diesen Konflikten in Mitleidenschaft gezogenen Rechtsgüter der daran beteiligten Schüler und Eltern präzise zu bestimmen. Das gilt erst recht für das Ausmaß der Gefährdungen wie den Grad der Verletzung derartiger Rechtsgüter, nicht zuletzt muslimischer Schülerinnen im Alter zwischen 10 und 18 Jahren.

Eine weitere schwere Hypothek der Entscheidung des Ersten Senats liegt in der Belastung der Verwaltung gerade von Brennpunktschulen mit vielen muslimischen Schülern mit einer schon unter normalen Umständen von den Schulleitungen kaum zu bewältigenden Aufgabe: der Untersuchung von das Kopftuch betreffenden konkreten Konflikten im Einzelfall. Hier ist an die merkwürdige Wanderung des Problems durch die Senate des Bundesverfassungsgerichts zu erinnern: In der ersten Kopftuchentscheidung des Zweiten Senats wollte die Minderheit die Flexibilität der Entscheidung für den Einzelfall ohne eine gesetzliche Regelung bei den Landesbehörden ansiedeln. Die Mehrheit des Zweiten Senats entschied sich dagegen für die entgegengesetzte Möglichkeit, nämlich für die Reduzierung dieser Komplexität durch landesgesetzliche Regelungen. Der Erste Senat bürdet nun das aus der weitgehend bejahten Grundrechtsverwirklichung der muslimischen Lehrerin resultierende Problem wiederum den Schulbehörden auf.

Da der Senat die tatsächlichen Auswirkungen des Kopftuchs von Lehrerinnen in der Schule und die daraus resultierenden Konflikte nicht hinreichend wahrnimmt, gehen auch seine Annahmen über dessen Neutralisierung fehl: Das gilt für die an der Realität vorbeigehende Behauptung, ein etwaiger psychischer, religiös-kultureller Druck durch eine das Kopftuch tragende Lehrerin könne durch einen innerschulischen multireligiösen Pluralismus aufgehoben oder verringert werden.

Auch die Einbeziehung von Grundprinzipien der Schulverfassung und der Schulorganisation zur

Legitimation des Kopftuchtragens und zur Legitimation der vom Senat geforderten Offenheit für muslimische und andere religiöse und weltanschauliche Werte ist in der Weite seiner Formulierung problematisch und in Frage zu stellen¹²⁸: Dass Schule für islamische – das Adjektiv „muslimische“ ist hier verfehlt – Werte offen sein muss, ist eine bemerkenswerte *petitio principii*, ohne dass die rechtliche oder tatsächliche Grundlage geklärt worden wäre. In kaum einer Religion ist der in der Sache begründete Streit darüber, was derartige Werte sein sollen und können, größer als im Islam. Betrachtet man autoritative wissenschaftliche Gesamtdarstellungen des Islam, so wird dies um so verständlicher.

Gleichfalls verfehlt erscheint die Rechtsaussage des Ersten Senats, ein Verbot des Kopftuchtragens im Schuldienst könne „den Zugang zum Beruf verstellen“. „Dass auf diese Weise derzeit faktisch vor allem muslimische Frauen von der qualifizierten beruflichen Arbeit als Pädagoginnen ferngehalten werden, steht in einem rechtfertigungsbedürftigen Spannungsverhältnis zum Gebot der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG).“¹²⁹ Die rechtlichen Behauptungen sind unzutreffend, sofern ein Landesgesetz religiöse Bekundungen verbietet. Denn ein derartiges Verbot untersagt alle Bekundungen, sei es durch das äußere Erscheinungsbild, sei es durch verbale oder durch sonstige Äußerungen oder durch Handlungen sowohl von Männern als auch von Frauen gleichermaßen.¹³⁰

Der Beschluss des Ersten Senats wirft weitere Fragen auf, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur vereinzelt angesprochen worden sind: Hat seine Rechtsauffassung notwendig zur Folge, dass alle konkreten Gefährdungen, die der Inanspruchnahme der Religionsfreiheit entspringen können, der gesetzlichen Regelung bedürfen?¹³¹ Wäre im Extremfall ein Landesgesetz erforderlich? Wäre ein weit gefächertes gesetzliches Instrumentarium in Sachen Religion zu entwickeln?¹³²

¹²⁸ BVerfGE 138, 296ff., Rn. 115: Es sei „die Aufgabe namentlich der als 'bekenntnisoffen' bezeichneten Gemeinschaftsschule“, „den Schülerinnen und Schülern Toleranz auch gegenüber anderen Religionen und Weltanschauungen zu vermitteln, da Schule offen zu sein hat für christliche, muslimische und andere religiöse und weltanschauliche Inhalte und Werte. Dieses Ideal muss im Interesse einer ausgleichenden, effektiven Grundrechtsverwirklichung in der Gemeinschaftsschule auch gelebt werden dürfen.“ Ebenso fraglich: „Weil Bezüge zu verschiedenen Religionen und Weltanschauungen bei der Gestaltung der öffentlichen Schule möglich sind, ist für sich genommen auch die bloß am äußeren Erscheinungsbild hervortretende Sichtbarkeit religiöser oder weltanschaulicher Zugehörigkeit einzelner Lehrkräfte – unabhängig davon, welche Religion oder Weltanschauung im Einzelfall betroffen ist – durch die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität nicht ohne weiteres ausgeschlossen.“ A.a.O., Rn. 111.

¹²⁹ A.a.O., Rn. 96.

¹³⁰ So schon das abweichende Votum der Minderheit des ersten Senats, a.a.O., Rn. 27f.; vgl. dazu auch S. 114ff, 117ff.

¹³¹ *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 45.

¹³² Gute Gründe für den weiteren Einsatz diesbezüglicher Generalklauseln im Beamtenrecht bei *Michael Germann*, a.a.O. (Anm. 110), Art. 4 Rn. 49.3.

IV. Der Geltungsvorrang angesichts divergierender Entscheidungen von Senaten des Bundesverfassungsgerichts

Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist angesichts möglicher Widersprüche sowohl innerhalb einer Rechtsordnung (Normwidersprüche) als auch angesichts der immer bestehenden Möglichkeit differenter Normauslegungen sowie unterschiedlicher die Tatsachen betreffender Wahrnehmungen und Bewertungen in der Regel ein die gesamte Rechtsprechung der Idee nach ordnendes Prinzip. Neben seiner Verkörperung in den Ordnungen des Instanzenzuges und den Vorschriften über fachliche und örtliche Zuständigkeit der Gerichte und der einzelnen Organe der Rechtsprechung erhellt seine Bedeutung auch aus der Tatsache, dass alle Gesetze über die höchsten Bundesgerichte Vorschriften enthalten, die divergente Entscheidungen der verschiedenen Senate ausschließen sollen.

Die gerichtsorganisatorische Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG sichert in erster Linie die Einheitlichkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das ihm anvertraute Entscheidungsmonopol durch eine begrenzte Bindung an bereits ergangene Entscheidungen als Präjudizien. Der Vorlagepflicht nach § 16 Abs. 1 Satz BVerfGG entsprechen die Vorlagepflichten der obersten Bundesgerichte: Will ein Senat von der Rechtsauffassung eines anderen Senats abweichen, so ist bei einem Festhalten des angefragten Senats an seiner Rechtsprechung der große Senat – im Fall des Bundesverfassungsgerichts: das Plenum – anzurufen (§ 132 GVG; § 11 VwGO; § 45 ArbGG; § 41 SGG). Die Vorschriften verfolgen den umrissenen Normzweck, nämlich die Sicherung einer einheitlichen Entscheidungspraxis des jeweiligen Gerichts. Entsprechend verpflichtet § 16 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG den entscheidenden Senat, sich mit den tragenden Gründen früher ergangener einschlägiger Entscheidungen auseinanderzusetzen, um festzustellen, ob eine Abweichung droht.

Die Fragen, ob es sich bei den beiden Kopftuchentscheidungen um divergierende Entscheidungen handelt, ob es rechtlich geboten gewesen wäre, zur Vermeidung von Divergenz den gemeinsamen Senat anzurufen, und was die Konsequenz einer mangels Anrufung fortbestehenden Divergenz zwischen den Entscheidungen zweier Senate ist, sind umstritten. Es bedarf aber für die Rechtspraxis einer klaren Antwort, da legislative und judikative Entscheidungen wie auch Entscheidungen über das Handeln der Verwaltung davon abhängen.¹³³

¹³³ Interessant ist die Weichenstellung für die Zuständigkeit des jeweiligen Senats: Man kann die Zuständigkeit des Ersten Senats angesichts der Geschäftsverteilung (Plenumsbeschluss v. 15.11.1993, BGBl. I S. 1473, gemäß § 14 Abs. 4 BVerfGG i.d.F. v. 19.11.2014 – dazu *Christopher Lenz/Ronald Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, Rn. 1 zu §

1. Notwendige Bedingungen einer Divergenz

Eine Divergenzvorlage an das Plenum des BVerfG ist nach § 16 Abs. 1 BVerfGG notwendig, wenn einer der beiden Senate von der in einer Entscheidung des anderen enthaltenen Rechtsauffassung abweichen will. In der Folge bedarf es einer Anfrage des zur Vorlage verpflichteten Senats an den anderen Senat, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhalte. Der angerufene Senat kann durch eine negative Erklärung die Anrufung entfallen lassen (§ 47 Abs. 2 GO BVerfGG). Verneint dagegen ein Senat im Fall einer möglicherweise gegebenen Abweichung eine Divergenz, so besteht für den gleichsam übergangenen Senat keine Möglichkeit einer Anrufung des Plenums aus eigenem Recht.

Eine Divergenz ist nur gegeben, wenn von einem die Entscheidung tragenden Grund abgewichen wird.¹³⁴ Tragend sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der die in der Wissenschaft vorherrschende Auffassung zustimmt, die der Begründung dienenden Sätze, sofern sie „nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfiel. Nicht tragend sind dagegen bei Gelegenheit einer Entscheidung gemachte Rechtsausführungen, die außerhalb des Begründungszusammenhangs zwischen genereller Rechtsregel und konkreter Entscheidung stehen [obiter dicta, W.B.]. Bei der Beurteilung, ob ein tragender Grund vorliegt, ist von der niedergelegten Begründung in ihrem objektiven Gehalt auszugehen.“¹³⁵

Beruhet eine Entscheidung auf mehreren selbständig nebeneinander tragfähigen Begründungspfaden, so eignet jedem von beiden die Qualität als tragender Grund. Eine in der rechtswissenschaftlichen Literatur vordringende Auffassung plädiert für ein weites Verständnis der Vorlagepflicht an das Plenum dergestalt, dass nur reine Hilfserwägungen und obiter dicta außer Betracht zu bleiben haben. In der Konsequenz würde ein Abweichen von nicht ausgesprochenen, aber tragenden

14 –) für fraglich halten. Denn danach wäre der 2. Senat für Verfassungsbeschwerden aus dem Rechtsbereich des öffentlichen Dienstes zuständig. Nach der herrschenden Meinung umfasst der öffentliche Dienst allgemein die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, Anstalt oder Stiftung stehenden Personen und damit auch die Angestellten. So *Helmut Lecheler*, in: *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 110 Rn. 2 m.w.Nachw. Wahrscheinlich hat das Bundesverfassungsgericht in Abweichung von dieser Auffassung nur Beamte, Richter und Soldaten zum öffentlichen Dienst gerechnet und die Beschwerdeführerinnen als Angestellte davon ausgenommen.

¹³⁴ BVerfGE 4, 27 [28]; 77, 84 [104]; 96, 375 [404]; 96, 409 [409f.]; 112, 1 [23]; 112, 50 [63]; 132, 1 [Rn. 10]. Vgl. dazu *Dieter Hömig*, in: *Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar (Bearb. 2014), § 16 Rn. 8ff. m.w.Nachw. Teils darüber hinausgehend: *Ralf Eschelbach*, in: *Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger* (Hg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2005, § 16 Rn. 14, 21ff.; *Hans Lechner/Rüdiger Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2015, § 16 Rn. 4; *Lenz/Hansel*, a.a.O. (Anm. 133), § 16 Rn. 6-10.

¹³⁵ BVerfGE 96, 375 [404]; 132, 1 Rn. 10ff. m.w.Nachw.; *Ralf Eschelbach*, a.a.O. (Anm. 134), § 16 Rn. 22; *Lenz/Hansel*, a.a.O. (Anm. 133), § 16 Rn. 10.

Rechtsauffassungen die Anrufung des Plenums erfordern.¹³⁶ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, sofern es sich um Rechtsauffassungen handelt, die für das jeweilige Ergebnis denknötwendig sind.¹³⁷

Trotz dieser im Grundsatz klaren und eindeutigen normativen Ausgangssituation ist die Frage, ob es sich vorliegend um eine Divergenz mit der notwendigen Konsequenz einer Anfrage an den anderen Senat samt einer dieser folgenden möglichen Vorlagepflicht handelt, in der Wissenschaft umstritten. Die Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – mit dieser Problematik bislang nicht befasst.

2. Stimmen gegen die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage

Die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage hängt ab von der Deutung der entscheidungstragenden Rechtsauffassungen: Die Pflicht zur Vorlage an das Plenum nach vorhergehender Anfrage beim anderen Senat entfällt, wenn entweder im Ergebnis keine Divergenz vorliegt oder wenn zwar zwei divergente Auffassungen gegeben sind, aber eine von beiden nicht entscheidungstragend ist.

Gegen das Bestehen einer Divergenz gerichtete Auffassungen stützen sich auf Interpretationen der ersten Kopftuchentscheidung, die allerdings nach der zweiten Kopftuchentscheidung datieren: Der Zweite Senat lasse die Möglichkeit, eine Gefährdung anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter oder Konflikte, die aus dem Kopftuchtragen von Lehrkräften in der Schule entstehen, als die Berufung in das Beamtenverhältnis hindernden Mangel zu bewerten, davon abhängen, dass für die damit verbundene Grundrechtseinschränkung eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage zu schaffen sei. Ergänzend habe er die Möglichkeit des Landesgesetzgebers betont, das Maß der in der Schule zulässigen religiösen Bezüge neu zu bestimmen, indem dieser die verfassungsrechtlichen Güter der Glaubensfreiheit von Lehrern und Schülern, des Erziehungsrechts der Eltern und der Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität angemessen berücksichtige.

Autoren, die diese Auffassung entwickelt haben, halten eine Divergenzvorlage für nicht geboten,

¹³⁶ *Steffen Detterbeck*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 94 Rn. 8.

¹³⁷ Verfehlt erscheint hingegen, nur Erwägungen von der Vorlagepflicht auszunehmen, die offensichtlich nicht tragend sind. So aber *Christian Burkićzak*, in: ders./Franz-Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015, § 16 Rn. 37. Das Kriterium „offensichtlich nicht tragend“ unterwirft alle Zweifelsfälle der Vorlagepflicht und erweitert die Plenumsanrufung in wohl bedeutendem Umfang, ohne eine klare begriffliche Grenzziehung zu ermöglichen.

weil die Entscheidung von 2003 zentral nur darauf gestützt sei, dass die für ein Kopftuchverbot erforderliche Rechtsgrundlage in Form eines Parlamentsgesetzes gefehlt habe.¹³⁸ Die Ausführungen zu den Voraussetzungen einer derartigen gesetzlichen Grundlage seien als obiter dictum zu werten, da die Aussagen zur Verhältnismäßigkeit eines Verbotes nur nicht gegebene parlamentsgesetzliche Grundlagen betreffen und hinwegzudenken seien, ohne dass sich etwas am Ergebnis der Entscheidung ändere.¹³⁹ Die Entscheidung von 2003 erkläre den Gesetzgeber zwar für frei, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, verweise ihn aber auf den Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Dementsprechend habe der Zweite Senat „unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auch gesetzliche Einschränkungen der Glaubensfreiheit“ für denkbar gehalten, mit der Folge, dass eine Nichterfüllung dieser möglichen Verhaltensregeln durch Lehramtsbewerber dann als Eignungsmangel angesehen werden könne. Damit enthalte das erste Urteil nur Andeutungen, wann ein gesetzliches Kopftuchverbot verfassungsgemäß sein könne.¹⁴⁰ Bundesländer, die „nach dem Kopftuch-Urteil gleichwohl Gesetze“ erließen und sich dafür „auf die vagen Andeutungen im Urteil“ stützten, werden kritisiert.¹⁴¹ Der Kritiker macht sich nicht bewusst, dass er so im Nachhinein die Geschichte am Maßstab seines aktuell entwickelten Verständnisses misst und Akteure dafür kritisiert, dass sie nicht schon 2004 seiner im Jahr 2015 entwickelten Auffassung gefolgt sind, auch wenn diese zur damaligen Zeit von Niemandem vertreten wurde und unbekannt war.

Im Detail werden in Praxis und Wissenschaft über lange Jahre als zentral bewertete Aussagen der ersten Kopftuchentscheidung nun zu obiter dicta erklärt, auch wenn sie Grundlage zahlreicher Entscheidungen in Rechtsprechung wie in Gesetzgebung und Verwaltungspraxis geworden sind: Etwaige Aussagen des ersten Urteils über die Verfassungsmäßigkeit eines Kopftuchverbotes bei Bestehen einer abstrakten Gefahr ließen sich hinwegdenken, ohne dass das Ergebnis der Rechtswidrigkeit des damals angegriffenen Kopftuchverbots wegen einer fehlenden gesetzlichen Grundlage davon berührt werde.¹⁴² Sofern die erste Entscheidung eine hinreichend bestimmte

¹³⁸ *Benjamin Rusteberg*, JZ 2015, 637ff. (639); *Mathias Hong*, Ein Gericht oder zwei Gerichte? Der Kopftuch-Beschluss, das Plenumsverfahren und der Grundsatz „stare decisis“, *Der Staat* 2015 (54), 409-434 (421f.).

¹³⁹ So *Benjamin Rusteberg* a.a.O. Der Autor ist freilich angesichts der weiterhin bestehenden, von ihm wohl als nur politisch verstandenen Divergenz irritiert und fordert, derartiges müsse die Ausnahme bleiben, weil sonst die rechts- und politikleitende Funktion des Bundesverfassungsgerichts in Gefahr gerate. Wenig überzeugend der an den Landesgesetzgeber gerichtete „Trost“, der 2. Senat hätte ja auch selbst von seiner eigenen Entscheidung abweichen können. Die Schuldzuweisung an den Landesgesetzgeber von Nordrhein-Westfalen, nur aufgrund der fehlenden Gleichbehandlung der Religionen habe es zu dieser Entscheidung kommen können, erstaunt: Erkennt der Autor die weitreichenden Konsequenzen der Entscheidung von 2015 nicht in ihrem ganzen Ausmaß?

¹⁴⁰ *Mathias Hong*, a.a.O., 421: Entsprechend habe das Sondervotum zum ersten Urteil hervorgehoben, das alle Fragen offen gelassen worden seien, was zu erneuten Prüfungen in kommenden Verfahren führen müsse.

¹⁴¹ *Mathias Hong*, ebd.

¹⁴² *Mathias Hong*, a.a.O., 422f.

Gesetzesgrundlage für ein Kopftuchverbot als möglich und denkbar ansehe, sei das nur ein obiter dictum. Grundrechtseingriffe könnten sowohl einer gesetzlichen Grundlage ermangeln als auch weitere verfassungsrechtliche Erfordernisse verfehlen. Sogar wenn ein dem Grundgesetz gerecht werdendes Eingriffsgesetz überhaupt nicht möglich sei, könne es doch sinnvoll sein, festzustellen, dass ein Eingriff mangels gesetzlicher Grundlage den Parlamentsvorbehalt verletze. Im Ergebnis sei die erste Entscheidung eine stattgebende Verfassungsbeschwerde, die ein hinreichend bestimmtes Gesetz nur als notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingung für die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs kennzeichne. Die Bezeichnung einer Gesetzesgrundlage als erforderlich besage „noch nichts darüber, ob ein zu schaffendes hinreichend bestimmtes Gesetz ansonsten verfassungsgemäß sein könnte oder nicht“.¹⁴³ Auch wenn man eine abstrakte Gefahr für Verfassungsgüter durch das Tragen des Kopftuchs von Lehrkräften bejahe, impliziere die Feststellung einer Verletzung des Parlamentsvorbehalts nicht notwendig eine Antwort auf die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit eines Verbotsgesetzes. Die erste Entscheidung treffe keine konkrete Aussage zu den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts, sondern nur zu weiteren grundrechtlichen Anforderungen. Als tragend könnten aber nur Aussagen im erstgenannten Sinn anzusehen sein. Die trotzdem anzutreffenden Signale an die Landesgesetzgeber würden allein durch ihre Aufnahme nicht zu tragenden Gründen.¹⁴⁴

Das Vorgehen des Ersten Senats führe angesichts dessen zu keiner Divergenz: Ohne von den tragenden Aussagen zur erforderlichen gesetzlichen Grundlage für ein Verbot abzuweichen, lasse der Erste Senat als Rechtfertigung der Grundrechtsbeeinträchtigung durch ein Verbot eine durch das Tragen eines Kopftuchs ausgelöste abstrakte Gefahr nicht ausreichen und erkläre ein Verbot nur dann für gerechtfertigt, wenn das äußere Erscheinungsbild der Lehrkraft zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung führe oder wesentlich zu ihr beitrage.¹⁴⁵

3. Stimmen für die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage

Eine Reihe von Autoren diagnostiziert erstens eine Abweichung der Entscheidung des Ersten Senats

¹⁴³ *Mathias Hong*, a.a.O., 424; *Benjamin Rusteberg*, JZ 2015, 637 [639]: Der Zweite Senat habe die ausdrückliche Feststellung vermieden, ein auf die Existenz einer abstrakten Gefahr gegründetes Verbot sei verfassungsrechtlich zulässig. – Dass der zweite Senat insofern nur in der Möglichkeitsform sprechen konnte, weil es erstens ein solches Gesetz noch nicht gab und weil er zweitens den Inhalt eines solchen Gesetzes sicher nicht vorschreiben wollte und durfte, wird im Eifer des Gefechts übersehen.

¹⁴⁴ *Mathias Hong*, a.a.O., 426.

¹⁴⁵ *Benjamin Rusteberg*, JZ 2015, 637 [638f.].

zum Kopftuch von Lehrkräften gegenüber dem Kopftuchurteil des Zweiten Senats sowie zweitens eine Missachtung der rechtlichen Notwendigkeit einer Divergenzvorlage an das Plenum.¹⁴⁶ Das zentrale Argument ergibt sich daraus, dass der Zweite Senat es prinzipiell für möglich erklärt, dass abstrakte Gefährdungen des Schulfriedens und/oder der staatlichen Neutralität ein Kopftuchverbot für Lehrkräfte rechtfertigen können. Dagegen ist nach der Rechtsauffassung des Ersten Senats ein abstraktes, pauschales und ausnahmsloses Verbot stets unverhältnismäßig.¹⁴⁷ Zudem verpflichtete der Erste Senat den Gesetzgeber dazu, bei der Auflösung der grundrechtlichen Kollisionslage die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zuzulassen und kein religionsfreies Ideal in der Schulpolitik zu verfolgen. Diese Abweichung zeige sich auch daran, dass der Zweite Senat eine strenge Neutralitätslösung für rechtlich erlaubt erklärt habe, während der Erste Senat ein Tolerierungsmodell für rechtlich geboten erklärt habe.¹⁴⁸ Auf dieser Grundlage wird die im Sondervotum angedeutete Auffassung des Ersten Senats abgelehnt, die Rechtfertigung eines möglichen gesetzlichen Verbots religiös konnotierter Kleidung im Fall des Bestehens einer abstrakten Gefahr sei kein tragender Grund der Entscheidung des Zweiten Senats.¹⁴⁹ Angesichts der klaren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es in diesem Zusammenhang keiner Erörterung der Frage, ob der in § 16 Abs. 1 BVerfGG enthaltene Begriff der „Rechtsauffassung“ das Erfordernis der Entscheidungserheblichkeit umfasst.¹⁵⁰ Tragende Gründe, so die überzeugende Auslegung dieses Begriffs, sind immer entscheidungserheblich.¹⁵¹

Eine weitere Grundlage für das vorstehend umrissene zentrale Argument zugunsten einer erforderlichen Divergenzvorlage bietet die zutreffende Feststellung, dass der Zweite Senat das Bestehen einer abstrakten Gefahr zur zentralen Voraussetzung für den Einsatz des auf der Wesentlichkeitstheorie beruhenden Gesetzesvorbehalts samt der damit erforderlichen gesetzlichen Regelung gemacht hat. Das Bestehen nur einer konkreten Gefahr, so die deutlich erklärte

¹⁴⁶ So neben den Beiträgen auf <http://www.verfassungsblog.de> von *Christoph Möllers*, A Tale of Two Courts (14.03.2015), *ders.*, Geht es nicht um Verfassungsrecht? (27.03.2015), auch *Michael Heinig*, Von tragenden Gründen und abstrakter Gefahr ebd. (31.03.2015); *ders.*, Ein neues Kapitel, a.a.O. (Anm. 114), 225ff., 228; *Christine Langenfeld*, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an?, ZevKR 2015, 420 (421); *Hans-Jürgen Papier*, Zur Kopftuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2015, 213 (214); *Uwe Volkmann*, Dimensionen des Kopftuch-Streits, JURA 2015, 1083ff. (1090); *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 442ff., 447ff. 451); *Katharina Pabel*, BVerfGE 138, 296 – Kopftuch II. Das Kopftuch als Symbol für die Schwierigkeiten des staatlichen Umgangs mit dem Islam, in: *Jörg Menzel/Ralf Müller-Terpitz* (Hg.) Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 968 (970); nur kritisch gegenüber dem Unterlassen einer Divergenzvorlage an das Plenum: *Lothar Häberle*, Religionsfreiheit und Toleranz, Der Staat 57 (2018), 35-76 (54).

¹⁴⁷ *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 444.

¹⁴⁸ *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 444.

¹⁴⁹ *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 448. A.A. *Tonio Klein*, DÖV 2015, 464 (466).

¹⁵⁰ *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 448; so auch *Ralf Eschelbach*, a.a.O. (Anm. 134), § 16 Rn. 14, 22; *Hans Lechner/Rüdiger Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2015, § 16 Rn. 4.

¹⁵¹ BVerfGE 96, 375 (404); 96, 409 (409f.); *Dieter Hömig*, a.a.O. (Anm. 134), § 16 Rn. 8f.; *Lenz/Hansel*, a.a.O. (Anm. 133), § 16 Rn. 10.

Rechtsauffassung des Zweiten Senats, sei mit den verfügbaren Mitteln des öffentlichen Dienstrechts zu bewältigen. Ein tragender Grund des Urteils von 2003 sei die Aussage gewesen, ein abstrakt-generelles Verbot religiös konnotierter Kleidung für Lehrkräfte in der Schule bedürfe einer spezialgesetzlichen Grundlage, die als verfassungsrechtlich möglich qualifiziert worden sei.¹⁵²

Vereinzelt wird auch die demokratische Einbindung des Bundesverfassungsgerichts für die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage herangezogen. Das gelte jedenfalls dann, wenn eine vorangehende Entscheidung eine rechtlich und politisch entscheidende Weichenstellung beinhalte, auf die hin sich Gesetzgebung und Politik neu orientiert hätten, indem sie diese ihren eigenen Entscheidungsfindungen zugrunde gelegt hätten. In diesem Zusammenhang wird auf die Vorträge von an der ersten Entscheidung beteiligten Verfassungsrichtern in Gesetzgebungsverfahren hingewiesen, die der Realisierung des vom Zweiten Senat entwickelten Modells einer stärker dem Neutralitätsprinzip verpflichteten Schule dienten.

Unter den vorstehenden Aspekten wird die Entscheidung von 2015 wegen ihrer Missachtung der dem Gericht gesetzten eigenen Grenzen kritisiert: Der Erste Senat hätte – der Vorlagepflicht wegen Divergenz folgend – nach einer vermutlich erfolglosen Anfrage beim Zweiten Senat die Sache dem Plenum vorlegen müssen.¹⁵³

4. Die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage seitens des Ersten Senats

Die Argumente für die rechtliche Notwendigkeit einer Divergenzvorlage überzeugen, weil ein anderes Verständnis die Entscheidung des Zweiten Senats ihres deutlich hervortretenden, zentralen Sinnes beraubt. Der Zweite Senat stellt sehr klar in den Mittelpunkt, dass eine abstrakte Gefährdung des Schulfriedens bzw. der staatlichen Neutralität ein Kopftuchverbot für Lehrkräfte rechtfertigen kann. Der Erste Senat beurteilt dagegen abstrakte und ausnahmslose Verbote als unverhältnismäßig. Er verpflichtet den Gesetzgeber, die grundrechtliche Kollisionslage nur mittels Einzelfalllösungen zu entspannen. Das vom Zweiten Senat explizit für rechtlich zulässig erklärte Modell einer stärker dem Neutralitätsgedanken gegenüber Religionen und Weltanschauungen verpflichteten Schule

¹⁵² *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 450. Das Sondervotum zur zweiten Entscheidung betont dementsprechend (Rn. 7): Tatsächlich sei in Folge der Entscheidung des Zweiten Senats „ein generelles und für alle Religionen geltendes Verbot des Tragens religiös konnotierter Kleidungsstücke im Schuldienst für verfassungsrechtlich statthaft erachtet worden“.

¹⁵³ Vgl. u.a. *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 447ff.; *Christian Burkiczak*, a.a.O. (Anm. 137), § 16 Rn. 34; *Christoph Möllers*, a.a.O. (Anm. 146); *Michael Heinig*, Ein neues Kapitel, a.a.O. (Anm. 114), 227f.; *Christine Langenfeld*, a.a.O. (Anm. 146), 421f.

verwirft er zugunsten des von ihm unter dem Aspekt der Glaubensfreiheit als geboten angesehenen Tolerierungsmodells.¹⁵⁴

Reduziert man die Entscheidung des Zweiten Senats auf die alleinige Feststellung des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff, ohne die zentralen und tragenden Aussagen über den Einsatzpunkt künftiger Entscheidungen der Landesgesetzgeber und die grundlegende alternativen Gestaltungsmodelle wahrzunehmen, so lässt man das Kernelement des Urteils verschwinden. Es erregte wegen seiner Neuheit erhebliches Aufsehen: Da die hier vom Zweiten Senat entwickelte rechtsdogmatische Konstruktion bislang weder in Theorie noch Praxis erörtert worden war, konnte sogar von einer Überraschung gesprochen werden. Tragender Grund des Urteils von 2003 war die Aussage, ein abstrakt-generelles Verbot religiös konnotierter Kleidung für Lehrkräfte in der Schule bedürfe einer als verfassungsrechtlich möglich qualifizierten spezialgesetzlichen Grundlage.¹⁵⁵ Wenn man die Erheblichkeit einer abstrakten Gefahr als Rechtfertigungsgrund eines Gesetzes über das Kopftuchtragen von Lehrkräften in der Schule als tragenden Grund verabschiedet, beraubt man das Urteil des Zweiten Senats seines Zentrums.¹⁵⁶ Nicht nur sah der Senat das Bestehen einer konkreten Gefahr im Einzelfall als vom geltenden öffentlichen Dienstrecht hinreichend geregelt, er hielt auch ein abstrakt-generelles Verbotsgesetz für verfassungsrechtlich möglich.¹⁵⁷ Angesichts dieser Umstände verwundert die intellektuelle Waghalsigkeit ihrer Negativqualifikation als *obiter dictum*.

Das Argument der demokratischen Funktion des Bundesverfassungsgerichts besitzt erhebliche politikwissenschaftliche und demokratietheoretische Bedeutung, nicht zuletzt angesichts zahlreicher Landesgesetze, die diese Frage geregelt haben, begründet aber nicht die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage: Denn auch wenn ein *obiter dictum* diese Folgen hätte, würde ein Abweichen von ihm doch keine Divergenzvorlage notwendig machen.

Der Erste Senat ist von der Entscheidung des Zweiten Senats abgewichen, was zu einer Divergenz geführt hat. Der Erste Senat hätte die Vorlagepflicht aufgrund von Divergenz erkennen und nach

¹⁵⁴ Claudio Franzius, a.a.O. (Anm. 114), 444.

¹⁵⁵ Claudio Franzius, a.a.O. (Anm. 114), 450.

¹⁵⁶ Zutreffend Michael Heinig, Ein neues Kapitel, a.a.O. (Anm. 114), 227: Wer annimmt, der Zweite Senat habe „keine tragende Aussage über die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Gesetzes im übrigen gemacht“ [...], „unterstellt dem Zweiten Senat, es [sic] fordere für die Abwehr der von einer religiös konnotierten Bekleidung ausgehenden abstrakten Gefährdungen des Schulfriedens oder weiterer Verfassungsgüter ein Parlamentsgesetz, obwohl doch, so nun die Rechtsauffassung des Ersten Senats, jede (!) Regelung abstrakter Gefährdungslagen per se unverhältnismäßig ist. Eine solche Lesart beraubt das Urteil von 2003 jeglichen Sinns.“

¹⁵⁷ Es spricht sehr viel dafür, dass ohne diese neue Konstruktion Stimmgleichheit zur Abweisung der Verfassungsbeschwerde geführt hätte.

einer vermutlich erfolglosen Anfrage beim Zweiten Senat das Verfahren zur Entscheidung dem Plenum des Gerichts vorlegen müssen.¹⁵⁸

5. Ein Geltungskonflikt als Folge der Divergenz zwischen den Entscheidungen zweier Senate

Da der Erste Senat entsprechend § 16 Abs. 1 BVerfGG zur Divergenzvorlage verpflichtet war und gegen diese Pflicht verstoßen hat, fragt sich, ob darin ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG liegt, was zu unterschiedlichen Folgen führen kann. Darüber hinaus ist zu klären, wie mit einem möglichen Geltungswiderspruch zwischen den beiden Entscheidungen umzugehen ist.

Indem der Erste Senat mit seiner Kopftuchentscheidung vom Kopftuchurteil des Zweiten Senats abweicht, ohne diese Divergenz auf dem rechtlich gemäß § 16 Abs. 1 BVerfGG vorgeschriebenen Weg zu vermeiden, erzeugt er ein schwerwiegendes Dilemma, das es so wohl in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts noch nicht gegeben hat: Weder hebt die Entscheidung des Ersten Senats die vorangegangene Entscheidung des Zweiten Senats auf noch nimmt die frühere Entscheidung der späteren ihre auf den entschiedenen Rechtsstreit bezogene Kraft und Wirkung. Im Verhältnis zweier voneinander abweichender Entscheidungen verschiedener Senate des Bundesverfassungsgerichts gibt es keinen Geltungsvorrang der früheren oder der späteren Entscheidung. Das den Vorrang zwischen einander widersprechenden Gesetzen regelnde Prinzip *lex posterior derogat legi priori* gilt nicht für diesen Fall eines Geltungswiderspruchs. Zwischen beiden Entscheidungen besteht ein nicht gelöster Geltungskonflikt.

a) Unzuständigkeit als Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters

Nicht nur verpflichtet § 16 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG den entscheidenden Senat, sich mit den tragenden Gründen früher ergangener einschlägiger Entscheidungen auseinanderzusetzen, um festzustellen, ob eine Abweichung droht. Die Einhaltung dieser auch als Zuständigkeitsregelung zu verstehenden Norm ist grundsätzlich am Maßstab der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs.1 Satz 2 GG) zu messen.

¹⁵⁸ Vgl. u.a. *Claudio Franzius*, a.a.O. (Anm. 114), 447ff.; *Christian Burkićzak*, a.a.O. (Anm. 137), § 16 Rn. 34; *Christoph Möllers*, a.a.O. (Anm. 146); *Michael Heinig*, Ein neues Kapitel, a.a.O. (Anm. 114), 227f.; *Christine Langenfeld*, a.a.O. (Anm. 146), 421f.; Abweichen von der Begründung des ersten Urteils in zentralen Fragen: *Karl-Heinz Ladewig*, JZ 2015, 633.

Gegen die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG selbst bestehen zunächst unter dem Aspekt der sich aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ergebenden Anforderungen keine Einwände. Zu untersuchen ist aber, ob der Erste Senat dadurch gegen die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verstoßen hat, dass er von der vorangehenden Entscheidung des Zweiten Senats abgewichen ist und (nach einer gegebenenfalls ergebnislosen Anfrage beim Zweiten Senat) eine Anrufung des Plenums unterlassen hat.¹⁵⁹

Das Bundesverfassungsgericht und die ihm weitgehend folgende wissenschaftliche Literatur beurteilen Verstöße gegen Vorlagepflichten unterschiedlich, indem allgemein unter dem Aspekt des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG drei Fallgruppen gebildet werden¹⁶⁰: Vorlagepflichten (1) nach § 571 ZPO, § 11 Abs. 3 VwGO, § 121 Abs. 2 GVG oder Art. 100 Abs. 2 GG und (2) in der Regel auch gegenüber dem EuGH unterliegen streng der Garantie des gesetzlichen Richters: Verstöße sind verfassungsrechtlich erheblich und können zur Aufhebung der Entscheidung führen.¹⁶¹ Anders wird hingegen die Fallgruppe der Verstöße gegen Vorlagepflichten im Übrigen (3) behandelt. Zu dieser Fallgruppe gehören die vorstehend umrissenen Vorlagepflichten an den bei jedem obersten Bundesgericht zu bildenden Großen Senat und an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts.¹⁶²

Für die Qualifikation des Unterlassens einer Vorlage als Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters werden in dieser dritten Fallgruppe besondere Anforderungen gestellt: Die Nichtvorlage muss als ein Fall (objektivierter) Willkür anzusehen sein. Das Unterlassen einer Vorlage wird damit für diese dritte Fallgruppe an einem minder strengen Maßstab als für die beiden anderen Fallgruppen gemessen. Rechtlich wird die Ungleichbehandlung der Fallgruppen damit begründet, dass für die beiden ersten Fallgruppen einerseits völkerrechtliche Haftungen vermieden werden und eine Einheitlichkeit im Verständnis und in der Anwendung des internationalen Rechts bewahrt werden soll (Art. 100 Abs. 2 GG) und andererseits bei Vorlagen an den EuGH die Völkerrechts- und Europafreundlichkeit des Grundgesetzes zu Buche schlägt.

Anders als bei den Vorlagepflichten mit internationalem Bezug kommt es für die innerstaatlichen

¹⁵⁹ *Christoph Möllers*, a.a.O. (Anm. 146); *Claudio Franzius* (Anm. 114), a.a.O., 451.

¹⁶⁰ *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 61ff.

¹⁶¹ *Andreas Hänlein*, in: Umbach/Clemens, GG, 2002, Bd. II, Art. 101 Rn. 70ff.; *Helmuth Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 101 Rn. 61.

¹⁶² *Helmuth Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 101 Rn. 63. Vgl. die Übersicht der einzelnen Konstellationen bei *Antje v. Ungern-Sternberg*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), 1-59 (36-39); vgl. schon *Christian Hillgruber*, Das Bundesverfassungsgericht und der gesetzliche Richter, NVwZ 1999, 153 (154); allgemein dazu auch *Ralf Müller-Terpitz*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 101 Rn. 9.

Vorlagepflichten daher auf eine – objektivierte – Willkür der Nichtvorlage an.¹⁶³ Diese ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gegeben, wenn die Tragweite von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt wird¹⁶⁴, bei objektiv unter keinem Gesichtspunkt vertretbarer fehlerhafter Anwendung von Verfahrensnormen (z.B. unter klarer Missachtung der Vorlagepflicht)¹⁶⁵, bei einem sich aufdrängenden Schluss sachfremder Erwägungen bei der Auslegung der für die Nichtvorlage entscheidenden Norm¹⁶⁶, wenn sich die Notwendigkeit einer Vorlage aufdrängen musste¹⁶⁷ oder bei Missachtung der Vorlagepflicht trotz Kenntnis einer entgegenstehenden Entscheidung einer übergeordneten Instanz¹⁶⁸. Diese Konkretisierungen des Rechtsbegriffs der objektivierten Willkür werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur positiv bewertet und aufgenommen.¹⁶⁹ Sie sind auch auf die mögliche Vorlage durch einen Senat des Bundesverfassungsgerichts wegen Abweichung von der vorangehenden Entscheidung eines anderen Senats an das Plenum anzuwenden. Im Übrigen werden Verfassungsbeschwerden wegen Verstoßes gegen die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) regelmäßig dann angenommen, wenn die Grundrechtsverletzung auf eine generelle Missachtung der Grundrechte durch das entscheidende Gericht hindeutet und der Nachteil für den Beschwerdeführer besonders schwer ist.¹⁷⁰

Auf dieser Grundlage spricht einiges für einen Verstoß der Entscheidung des Ersten Senats gegen die Garantie des gesetzlichen Richters (b). Skepsis ist aber angebracht, ob das wissenschaftlich zu begründende Ergebnis als Argument vor dem Bundesverfassungsgericht erfolgreich sein würde: Praktische, gerichtsspezifische und sozialwissenschaftliche Aspekte sprechen dagegen (c).

b) Unterlassene Divergenzvorlage als Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters?

Für die wissenschaftliche Mindermeinung löst jede Abweichung von tragenden Gründen eine

¹⁶³ *Helmuth Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 101 Rn. 63; *Antje v. Ungern-Sternberg*, a.a.O., 44f.; BVerfG (K), NStZ 2008, 39 Rn. 4; BVerfG (K), NJW 2012, 3020 Rn. 34f.; BVerfG (K), FamRZ 2015, 2123 Rn. 12; a.A. *Christoph Degenhart*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 20.

¹⁶⁴ BVerfGE 82, 286 (299); 87, 282 (284f.); 131, 268 (312).

¹⁶⁵ BVerfGE 42, 237 (241f.); 76, 33 (96f.); 79, 292 (301); anders dagegen für „unsorgfältiges“ Arbeiten: 87, 282 (286).

¹⁶⁶ BVerfGE 19, 38 (43).

¹⁶⁷ BVerfGE 87, 282 (286).

¹⁶⁸ BVerfG (K), NJW 1995, 581 (582).

¹⁶⁹ *Helmuth Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 101 Rn. 63; *Antje v. Ungern-Sternberg*, a.a.O., 40f. Siehe auch *Hans-Dieter Horn*, HGR V, § 132 Rn. 79; *Claus Dieter Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 7. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 52f. Dagegen für einen Verfassungsverstoß in jedem Fall der rechtswidrigen Nichtvorlage unabhängig von den Begleitumständen: *Degenhart*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 20. Vgl. für die ältere Diskussion: *Hillgruber*, a.a.O. (Anm. 162), 154; *Walter Leisner*, Urteilsverfassungsbeschwerde bei Nichtvorlage wegen Abweichung, NJW 1989, 2446ff. (2448ff.); *Michael Rodi*, Vorlageentscheidungen, gesetzlicher Richter und Willkür, DÖV 1989, 750ff. (756-762).

¹⁷⁰ BVerfG (K), NJW 1997, 2512.

Vorlagepflicht aus, und ein Verstoß gegen diese Pflicht wird als eine Verletzung des Grundsatzes des gesetzlichen Richters gewertet. Das hätte zur Folge, dass bei einer erneuten Überprüfung der streitgegenständlichen Fragen das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des Ersten Senats als rechtlich fehlerhaft zustande gekommen beurteilen müsste. Gegen diese Rechtsauffassung spricht aber ihre fehlende Berücksichtigung der dargestellten Variabilität prozessualer Dogmatik. Das fällt ins Gewicht, weil hinsichtlich dieser variablen rechtsprozessualen Dogmatik eine Übereinstimmung zwischen der Rechtspraxis und der Mehrheitsmeinung der Wissenschaft festzustellen ist.

Geht man daher mit der Rechtsprechung und der Mehrheit der wissenschaftlichen Stimmen von der dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus, so fällt die rechtliche Beurteilung differenzierter aus. Eine Abweichung des Beschlusses des Ersten Senats von dem Urteil des Zweiten Senats wurde – so das Minderheitenvotum des Ersten Senats – von der Mehrheit als nicht gegeben gesehen. Man war sich, so ist zu folgern, der grundsätzlichen Problematik bewusst; die die Entscheidung tragende Mehrheit der Richter hat sich mit dem Problem befasst. Zwar musste sich nach der hier vertretenen Auffassung die Notwendigkeit der Vorlage aufdrängen. Es ist leider nicht auszuschließen, dass – möglicherweise unausgesprochen – die Aussicht schreckte, im Plenum werde die Minderheit des eigenen Senats zusammen mit der Mehrheit des an seiner ursprünglichen Entscheidung wohl festhaltenden Zweiten Senats zu einer anderen Rechtsauffassung kommen. Nicht ausgesprochen, aber durchaus naheliegend wäre diese Überlegung als sachfremd abzuweisen gewesen, was jedem Richter wiederum bewusst gewesen sein dürfte. Erst dieser Hintergrund erklärt die Wortwahl des Minderheitsvotums. Angesichts dessen könnten möglicherweise die zuständigen Richter eine an sich gebotene offene Diskussion der Problematik gescheut haben.

Zwar verneinen vorliegend (wie gezeigt) nur wenige wissenschaftliche Stimmen eine Abweichung. Es gibt zu denken, dass sich unter ihnen nur Befürworter der das Kopftuchtragen von Lehrkräften in der Schule ermöglichenden Entscheidung finden; auf der Gegenseite der eine Abweichung bejahenden und eine Divergenzvorlage fordernden Kritiker sind dagegen auch Positionen vertreten, die in der Sache der zweiten Kopftuchentscheidung näher stehen.

Im Ergebnis war angesichts der offenkundigen Abweichung des Beschlusses der Ersten Senats von den zentralen und tragenden Gründen des Urteils des Zweiten Senats eine Vorlage geboten und musste sich aufdrängen, da man die rechtlichen Säulen und die verfassungsrechtliche Wegweisung der ersten Entscheidung umstürzte. Nach der eigenen Rechtsprechung des Gerichts könnte damit von einem Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

auszugehen sein.

c) Erfolgsaussichten und Bedeutung einer entsprechenden Rüge

Die Gründe für eine sehr geringe Erfolgsaussicht der vorstehenden Überlegungen und einer entsprechenden Rüge liegen darin, dass im Falle einer erneuten Zuständigkeit des Ersten Senats die dort noch tätigen Autoren der Entscheidung von 2015 kaum sich selbst eine erhebliche Missachtung des grundgesetzlich geschützten und gesicherten Verfassungsprozessrechts bescheinigen werden. Diese wohl realistische Einschätzung darf nicht davon abhalten, den vom Ersten Senat erzeugten grundlegenden Konflikt deutlich und klar vorzutragen. Im Gegenteil: Seine Wahrnehmung dürfte für die Zukunft einer rationaleren, stärker am Prozessrecht orientierten Verfahrensweise den Weg bahnen.

6. Die praktischen Folgen des fortbestehenden Geltungskonflikts der beiden Entscheidungen

a) Geltungskonflikt als rechtliches Neuland

Die Folgen dieser Lage verweisen auf rechtliches Neuland: Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz selbst sieht für den Fall einer erforderlichen, aber unterlassenen Vorlage keine Konsequenzen vor. Die Fallkonstellation zweier nebeneinander stehender, aber miteinander nicht zu vereinbarenden Entscheidungen ist – abgesehen von der begrenzten Kontroverse darüber, ob die vom Zweiten Senat in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch geäußerte Rechtsauffassung¹⁷¹, es sei unter dem Aspekt der Menschenwürde nicht gestattet, die Unterhaltspflicht für ein Kind rechtlich als einen Schaden zu bewerten,¹⁷² – ersichtlich neu. Es handelt sich um einen Geltungskonflikt, da keine der beiden Entscheidungen die andere aufheben kann. Die Regeln über die Konkurrenz von Gesetzen und anderen Rechtsnormen (*lex specialis derogat legi generali / lex posterior derogat legi priori / lex superior derogat legi inferiori*)¹⁷³ finden auf divergierende Entscheidungen von Senaten des Bundesverfassungsgerichts keine Anwendung. Vielmehr beweist die Regelung des § 16 Abs. 1 BVerfGG gerade, dass es für diese Konfliktlage nur den Weg der Vorlage an das Plenum gibt. Wird er nicht eingeschlagen, so stehen zwei Entscheidungen mit gleicher Geltungskraft nebeneinander.

¹⁷¹ BVerfGE 88, 203 (296).

¹⁷² Der Zweite Senat fasste extra einen Beschluss (als Anhang veröffentlicht in BVerfGE 96, 409), dass eine Entscheidung des Plenums erforderlich sei, wenn ein Senat eine Rechtsauffassung als zu den tragenden Gründen gehörig erkläre. Der Erste Senat hielt in seiner Entscheidung die Rechtsauffassung des Zweiten Senats zum Schadensbegriff unter dem Aspekt der Menschenwürde nicht aufrecht und entschied, es bedürfe keiner Anrufung des Plenums, da die Voraussetzungen von § 16 BVerfGG nicht gegeben seien (BVerfGE 97, 375 [403ff.]).

¹⁷³ Vgl. dazu *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10. Aufl. 2018, § 22 Rn. 770-773.

Die treffende Formulierung „Zwei Gerichte unter einem Dach“ beschreibt die Rechtslage mit wünschenswerter Klarheit.

Soweit die Entscheidung des Ersten Senats einen Teil des angefochtenen Schulgesetzes Nordrhein-Westfalen für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt hat, besitzt sie zwar Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG). Dadurch erhält sie aber keine derogierende Kraft gegenüber dem Urteil des Zweiten Senats, auch da sie insoweit keinem tragenden Grund dieser Entscheidung widerspricht.

b) Die Konsequenzen des Geltungskonflikts zwischen den Entscheidungen zweier Senate

Was sind die Folgen eines derartigen Geltungskonflikts zweier gleichrangiger Entscheidungen der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts? Wie sich die Praxis von Legislative, Exekutive und der Fachgerichte unter diesen Umständen orientieren soll, hängt notwendig von der Antwort auf die Frage ab, welche Bindungswirkung einander widersprechenden Entscheidungen zweier Senate des Bundesverfassungsgerichts zukommt.

Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) ist von ihrer Gesetzeskraft gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG i.V.m. Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG und ihrer Rechtskraft zu unterscheiden. Die nach allgemeinen prozessrechtlichen Regeln zu konstruierende Rechtskraft bewirkt nur die Bindung zwischen den am Verfahren Beteiligten. Gesetzeskraft haben dagegen nur Entscheidungen mit normkontrollierendem Charakter. Die Gesetzeskraft beschränkt sich auf die Norm, die den Streitgegenstand des jeweiligen Verfahrens ausmacht; sie erfasst – ebenso wie die Rechtskraft – nicht etwaige Parallelnormen anderer Gesetzgeber. Dagegen entfaltet sich die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG gegenüber allen Staatsorganen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene unter Einschluss der Fachgerichte.¹⁷⁴

Die hier zentrale Bindungswirkung umfasst sowohl den Tenor als auch die tragenden Gründe der Entscheidung.¹⁷⁵ Aufgrund der Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG sind Bundes- und Landesgesetzgeber verpflichtet, anhand der die jeweilige Entscheidung tragenden Gründe zu überprüfen, ob der ihnen eigene und von ihnen zu verantwortende Normbestand Rechtsvorschriften enthält, die – gemessen an Tenor und tragenden Gründen – als verfassungswidrig zu qualifizieren

¹⁷⁴ *Steffen Detterbeck*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 94 Rn. 10 m.w.Nachw.

¹⁷⁵ Ständige Rechtsprechung: BVerfGE 1, 14 (37); 40, 88 (93); 112, 268 (277f.); *Detterbeck*, a.a.O., Art. 94 Rn. 12 m.w.Nachw.

sind.¹⁷⁶ Zwar besteht angesichts sich verändernder sozialer und kultureller Umstände kein generelles und striktes Normwiederholungsverbot.¹⁷⁷ Bindungswirkung wie Gesetzeskraft führen direkt im zeitlichen Anschluss an eine ergangene Entscheidung zu einem Verbot der Normwiederholung wie auch zur Unzulässigkeit eines wiederholten Normenkontrollantrages, sofern er auf die gleichen Gründe gestützt wird. Die Bindungswirkung von Entscheidungen verliert aber an Kraft angesichts neuer Entwicklungen: Besondere Gründe, „die sich vor allem aus einer wesentlichen Änderung der [...] maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben können“¹⁷⁸, ermöglichen sowohl die Normwiederholung als auch die erneute Stellung eines identischen Antrags auf Normenkontrolle.¹⁷⁹ Unabhängig davon darf ein erneuter Normenkontrollantrag jederzeit auf Umstände und rechtliche Erwägungen gestützt werden, die das Bundesverfassungsgericht in vorangehenden Entscheidungen nicht erörtert hat.¹⁸⁰

Auf dieser Grundlage folgt logisch und rechtsdogmatisch zwingend, dass zwei einander zentral in ihren tragenden Gründen widersprechende Entscheidungen der zwei Senate sich gegenseitig in ihrer Bindungskraft nicht einschränken. Die staatlichen Organe und Behörden können aber nicht durch jede der beiden Entscheidungen gebunden sein, da es in diesem Fall unmöglich ist, die einander gegenseitig ausschließenden rechtlichen Gebote gleichzeitig zu erfüllen: Alternativ stehen einander gegenüber auf der einen Seite das Gebot an den Landesgesetzgeber, religiös konnotiertes Kopftuchtragen durch weibliche Lehrkräfte in sehr weitem Umfang zu tolerieren und zu ermöglichen, und auf der anderen Seite die Einräumung einer Gesetzgebungskompetenz für den Landesgesetzgeber, eben diese Handlung unter dem Aspekt der abstrakten Gefährdung geschützter Verfassungsgüter zu untersagen. Das führt dazu, dass staatliche Behörden wie Gerichte in ihren Entscheidungen frei sind. Sie können sich für jeweils eine der beiden Möglichkeiten entscheiden. Das sollte begründet werden.

Selbst wenn man dieses Ergebnis – aus welchen Rechtsgründen immer – ablehnen sollte, ist angesichts neuer tatsächlicher Entwicklungen, Einsichten und Erkenntnisse auf dem Feld der

¹⁷⁶ *Detterbeck*, a.a.O., Rn. 11; *Eckart Klein*, in: Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht – Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl. 2012, Rn. 1458; s. auch BVerfGE 104, 151 (197).

¹⁷⁷ Der Erste Senat hat das früher vom Zweiten Senat aufgestellte Normwiederholungsverbot aufgegeben: BVerfGE 77, 84 (103f.); 96, 260 (263 Rn. 12). Zustimmend: *Joachim Wieland*, in: Horst Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 94 Rn. 28; *Herbert Bethge*, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Herbert Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Stand Juli 2016), § 31 Rn. 121, 166; *Andreas Voßkuhle*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 94 Rn. 33 m.w.Nachw. in Fn. 76.

¹⁷⁸ So der Erste Senat zu dem zunächst vom Zweiten Senat aufgestellten Normwiederholungsverbot: BVerfGE 96, 260 (263); 102, 127 (141f.).

¹⁷⁹ Mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Wissenschaft: *Detterbeck*, a.a.O., Rn. 13f.

¹⁸⁰ *Detterbeck*, a.a.O., Rn. 14 m.w.Nachw.

islamischen Religionskultur sowie der Integrationspolitik, die nicht zuletzt auf die hohe Zahl muslimischer Zuwanderer nach Deutschland und die damit verbundenen kulturellen Phänomene und Konflikte zurückgehen, davon auszugehen, dass die Bindungswirkung der Entscheidung des Ersten Senats von 2015 soweit reduziert worden ist, dass eine neue Entscheidung angesichts neuen Vorbringens nicht durch die beschränkte Präjudizienbindung des Bundesverfassungsgerichts an seine eigenen Entscheidungen vorherbestimmt ist.

V. Die weitere Rechtsprechung

1. Die Beschlüsse des Bundesverfassungsgericht

Schlägt sich der Geltungskonflikt zwischen den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Tragen des Kopftuchs in den darauf folgenden beiden Beschlüssen der 2. Kammer des Ersten Senats (Kopftuchverbot gegenüber einer Kindergartenerzieherin)¹⁸¹ und der 1. Kammer des Zweiten Senats (Kopftuchverbot gegenüber einer Rechtsreferendarin in Hessen)¹⁸² nieder? Zeichnet sich eine Änderung der gespannten Lage ab?

a) Der Kammerbeschluss des Ersten Senats zum Kopftuch der Erzieherin

Der Kammerbeschluss des Ersten Senats vom 18.10.2016 nimmt in allen wesentlichen Einzelheiten die zweite Kopftuchentscheidung dieses Senats von 2015 auf und erstreckt sie auf Erzieherinnen in Kindergärten. Die Verbotsvorschrift (§ 7 Abs. 6 Satz 1 Kindertagesstättengesetz Baden-Württemberg) wird mittels der verfassungskonformen Auslegung darauf beschränkt, dass nur eine hinreichend konkrete Gefahr für die verfassungsrechtlichen Schutzgüter der staatlichen Neutralität und des Einrichtungsfriedens genügen kann, um ein Bekundungsverbot im Einzelfall zu erlassen. Insoweit das Gesetz eine abstrakte Gefahr für die staatliche Neutralität oder den Einrichtungsfrieden als Grundlage eines Bekundungsverbot ausreichen lasse, führe das zu einem erheblichen Eingriff in das der Beschwerdeführerin zustehende Grundrecht der Religionsfreiheit, der in dieser Allgemeinheit unverhältnismäßig sei.¹⁸³ Es werden alle zentralen Gehalte der Senatsentscheidung von 2015 wiederholt, nicht zuletzt die vorstehend einer kritischen Analyse unterzogenen Aussagen. Zwar ist die Erwägung, anstelle der Normverwerfung sei angesichts des umfassenderen

¹⁸¹ BVerfG (1. Senat 2. Kammer) Beschl. v. 18.10.2016 – 1 BvR 354/11 –, juris = DVBl. 2017, 124ff. m. kritisch-ablehnender Anmerkung von *Walter Frenz*, a.a.O., 129-131.

¹⁸² BVerfG (2. Senat 1. Kammer) Beschl. v. 27.06.2017 – 2 BvR 1333/17 –, juris = NJW 2017, 2333ff.

¹⁸³ A.a.O., Rn. 56.

Anwendungsbereichs der Norm die verfassungskonforme einschränkende Auslegung geboten, nicht neu. Neu ist aber die Aussage, im Fall religiös-weltanschaulicher Bekundungen durch gewichtige verbale Äußerungen oder ein offen werbendes Verhalten könne die Untersagungsvorschrift „unter Umständen auch in einer Interpretation, die schon die abstrakte Gefahr erfasst, ihre Bedeutung haben“.¹⁸⁴ Ob damit mögliche Mitgliedschaften in Vereinigungen oder vorangehende Aktivitäten in Betracht gezogen werden sollen, lässt sich mangels weitergehender Ausführungen nicht entscheiden.

Die Kammerentscheidung zeigt, dass der Erste Senat an der in der zweiten Kopftuchentscheidung eingenommenen Position festhält und sich auch von der seitens der Wissenschaft in Kommentaren wie in Aufsätzen geäußerten Kritik nicht beirren lassen will.

b) Der Kammerbeschluss des Zweiten Senats zum Kopftuch der Rechtsreferendarin

Der Kammerbeschluss des Zweiten Senats vom 27.06.2017¹⁸⁵ hatte über einen Beschluss des Hessischen VGH zu befinden, der eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Anordnung eines Kopftuchverbots für Rechtsreferendarinnen in § 27 Abs. 1 Satz 2 Gesetz über die Juristische Ausbildung – JAG – in Verbindung mit § 45 Satz 1 HBG sah. Die Kollision der Glaubensfreiheit der Beschwerdeführerin mit der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit Verfahrensbeteiligter und dem staatlichen Neutralitätsgebot als Gemeinschaftswert von Verfassungsrang führe dazu, dass die Beschwerdeführerin ohne Zurücktreten ihrer Glaubensfreiheit Ausbildungstätigkeiten – Leitung von Gerichtssitzungen oder von Anhörungsausschüssen, Durchführung von Beweisaufnahmen – nicht wahrnehmen dürfe, sofern sie ein Kopftuch trage. Im Rahmen der Abwägung konnte die Kammer kein Überwiegen der Gründe feststellen, die für einen Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung gesprochen hätten.

Das Kopftuchverbot stelle einen Eingriff in die Glaubensfreiheit der Beschwerdeführerin dar. Die Grundrechtsberechtigung der Beschwerdeführerin werde durch ihre „Eingliederung in den staatlichen Aufgabenbereich nicht von vornherein oder grundsätzlich in Frage gestellt“¹⁸⁶. Allerdings greife das Bekundungsverbot nur zeitlich und örtlich begrenzt in Grundrechte der Beschwerdeführerin ein, ohne dass die weit überwiegende Ausbildung in der Einzelausbildung oder in den Arbeitsgemeinschaften berührt würde. Der Beschwerdeführerin werde durch die Verwehrung der Übernahme der genannten Tätigkeiten kein in den Vorgaben der §§ 28ff. JAG als notwendig

¹⁸⁴ A.a.O., Rn. 71.

¹⁸⁵ BVerfG (2. Senat 1. Kammer) Beschl. v. 27.06.2017 – 2 BvR 1333/17 –, juris = NJW 2017, 2333ff.

¹⁸⁶ A.a.O., Rn. 38.

erachteter Teil der Ausbildung (Regelleistungen) unmöglich gemacht. Nach der aktuellen Erlasslage dürften zudem Regelleistungen, die infolge der Weigerung, auf das Tragen eines Kopftuchs aus religiösen Gründen zu verzichten, nicht erbracht würden, sich nicht negativ auf die Gesamtnote in der Ausbildungsstation auswirken.¹⁸⁷

Diesem Eingriff in Grundrechte der Beschwerdeführerin stünden bei einem Erlass der einstweiligen Anordnung die einstweilige Nichtverwirklichung der mit den angegriffenen landesgesetzlichen Vorschriften verfolgten Belange, „die mit denen der Beschwerdeführerin zumindest gleich zu gewichten sind“, gegenüber.¹⁸⁸ Die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität gelte „insbesondere auch für den vom Staat garantierten und gewährleisteten Bereich der Justiz“.¹⁸⁹ Im Anschluss an die Erläuterung der Eigenschaften der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters in Form neutraler Amtsführung, Distanz gegenüber allen Verfahrensbeteiligten sowie dem Verfahrensgegenstand und richterlicher Unvoreingenommenheit, also einer Beschreibung für den Rechtsstaat zwingender Anforderungen an die Justiz, werden die Folgen des Gebots staatlicher Neutralität für Rechtsreferendare als Repräsentanten staatlicher Gewalt umrissen:

„Das Einbringen religiöser und weltanschaulicher Bezüge durch Rechtsreferendare kann den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Auftrag der Rechtspflege und der öffentlichen Verwaltung beeinträchtigen.“¹⁹⁰

Das Kopftuch bewirke die Kundgabe einer religiösen Überzeugung. Die negative Religionsfreiheit gewährleiste zwar im Raum der Gesellschaft kein Recht darauf, von einer Konfrontation mit religiösen Bekundungen verschont zu bleiben. Anders sei es in Bezug auf den Bereich der Justiz, wo von einer „unausweichlichen Situation“ gesprochen werden könne:

„Es erscheint nachvollziehbar, wenn sich Prozessbeteiligte in ihrem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG verletzt fühlen, wenn sie dem für sie unausweichlichem Zwang ausgesetzt werden, einen Rechtsstreit unter der Beteiligung von Repräsentanten des Staates zu führen, die ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen erkennbar nach außen tragen. Das als unverletzlich gewährleistete Recht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit steht [...] in enger Beziehung zur Menschenwürde als dem obersten Wert im System der Grundrechte und muss wegen seines Ranges daher extensiv ausgelegt werden“.¹⁹¹

Diese Entscheidung der ersten Kammer des Zweiten Senats schlägt vor dem Hintergrund der

¹⁸⁷ A.a.O., Rn. 41ff., 45.

¹⁸⁸ A.a.O., Rn. 46.

¹⁸⁹ A.a.O., Rn. 48.

¹⁹⁰ A.a.O., Rn. 51.

¹⁹¹ A.a.O., Rn. 53.

anderen Entscheidungen zum islamischen Kopftuch in der Tendenz einen neuen Ton an: Der institutionelle Rahmen – im Unterschied zum schulischen Raum in den anderen Entscheidungen – wird zum ersten Mal sehr genau untersucht. Die Anforderungen an das richterliche Amt und an die Justiz werden so präzise in das Zentrum gestellt, dass mögliche Konflikte mit den Geboten der richterlichen Unabhängigkeit, Neutralität und Unparteilichkeit für den Fall der deutlichen Bekundung religiöser Zugehörigkeit zum Islam vorstellbar werden. Für eine solche, hier wohl erstmals tendenziell in der Rechtsprechung greifbar werdende Konstellation gewinnt das an sich gegenüber den Justizgewährleistungsgarantien wohl nur sekundäre Grundrecht der negativen Religionsfreiheit eine neue konstitutive Rolle.

Im Ergebnis bewegt sich so der Zweite Senat keinen Zentimeter in Richtung der von seiner eigenen ersten Kopftuchentscheidung abweichenden Rechtsprechung des Ersten Senats. Betrachtet man die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so bleibt es im Ergebnis bei dem bereits aufgezeigten Geltungskonflikt zweier miteinander nicht zu vereinbarender Entscheidungen und Grundmodelle.

2. Die Kraft des Unionsrechts und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Unstreitig – so Wissenschaft und Rechtsprechung – hat das Unionsrecht gegenüber dem nationalen Recht Vorrang. Das Unionsrecht ist ebenso wie die nationalen Rechtsordnungen als eigenständige Rechtsordnung zu qualifizieren. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs besteht ein Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem Verfassungsrecht und dem sonstigen nationalen Recht der Mitgliedstaaten.¹⁹² Eine Grenze dafür statuiert Art. 23 Abs. 1 GG in Form der nach Art. 79 Abs. 2 und 3 GG geschützten grundlegenden Strukturprinzipien des Grundgesetzes samt dem unabdingbaren Grundrechtsschutz. Entsprechend betont das Bundesverfassungsgericht als zentralen Prüfungsmaßstab gegenüber der parlamentarischen Zustimmung zur Schaffung europäischer Rechts die Grenze der Verfassungsidentität (Art. 23 Abs. 1 GG). Der Vorrang des Unionsrechts wirkt als Kollisionsregel, sodass die zwei im Verhältnis zueinander eigenständigen Rechtsordnungen durch den Vorrang nicht in eine einheitliche, durch den Geltungsvorrang in über- und untergeordnete Normen geteilte, im Ergebnis monistische Rechtsordnung transformiert werden. Im wesentlichen lässt das Bundesverfassungsgericht eine Überprüfung des Unionsrechts in Form der europäischen Gerichtsbarkeit – angesichts prinzipiell vom Europäischen Recht gesicherten Grundrechtsschutzes

¹⁹² So zuletzt EuGHE 2010, I-8015, Rs. C-409/06 („Winner Wetten“).

mit der wesentlichen Ausnahme des Identitätsvorbehalts – genügen, sodass praktisch der Vorrang des Unionsrechts auf diese Weise sichergestellt ist.¹⁹³ Auf dieser Grundlage kommt es für die hier zu untersuchende Problematik wesentlich darauf an, ob eine Kollision zwischen unionsrechtlichen Normen und Normen der nationalen deutschen Rechtsordnung eintritt. Dabei werden die Normen des Unionsrechts hier nur in der Form zugrundegelegt, die sie in der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erhalten haben.

Dagegen zeichnet die gesondert umrissenen Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht der dem Unionsrecht eigene Geltungsvorrang aus. Sie besitzen, dogmatisch konkretisiert in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und sind insoweit von den Organen der Rechtsprechung in Deutschland nur zu berücksichtigen.

3. Die europäischen Gerichte

a) Das islamische Kopftuch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union

Das für die Beurteilung des islamischen Kopftuchs im Bereich der privaten Wirtschaft einschlägige Unionsrecht umfasst als Primärrecht das Diskriminierungsverbot (Art. 21 GrCh) und die Freiheit des Unternehmers (Art. 16 GrCh) sowie als Sekundärrecht die Richtlinie 2000/78/EG über die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, gerichtet gegen unmittelbare wie mittelbare Diskriminierung unter den Aspekten der Religion und der Weltanschauung.¹⁹⁴ Mittelbar und im – gegebenenfalls korrektiven – Vergleich ist nach Artt. 52 Abs. 3, 53 GrCh zudem der Schutz der Religionsfreiheit gemäß Art. 9 EMRK zu berücksichtigen.

Der Bundestag setzte die Richtlinie 2000/78/EG durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG – um.¹⁹⁵ Die Erwartungen eines Teils der wissenschaftlichen Stimmen, infolge dieser Richtlinie werde es zu einer Stärkung religionsbezogener Rechte im Bereich wirtschaftlicher

¹⁹³ Vgl. zu den Einzelheiten der Gesamtproblematik *Frank Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, München 2017, S. 28-39, 40-46, 125-130; *Thomas Oppermann/Claus-Dieter Classen/Martin Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 10, S. 146-161; *Clemens Latzel*, Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, EuZW 2015, 658-664.

¹⁹⁴ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000, L 303, S. 16).

¹⁹⁵ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz von 14.08.2006 (BGBl. I, S. 1897) i.d.F. 03.04.2013 (BGBl. I, S. 610). Zur Frage des Tragens eines islamisch konnotierten Kopftuchs durch Lehrkräfte im schulischen Unterricht unter den Aspekten des AGG siehe unten S. 117ff.

Unternehmen kommen¹⁹⁶, sind durch die beiden im Folgenden erörterten Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 14.03.2017 wenig bestätigt worden.

(1) Samira Achbita ./ G4S Secure Solutions (EuGH C-157/15)¹⁹⁷

Die Klägerin wurde 2003 als Rezeptionistin bei der Beklagten – einer Firma für Dienstleistungen in den Bereichen von Rezeption und Empfang – eingestellt. Die ungeschriebene Firmenpolitik der Beklagten forderte schon zu diesem Zeitpunkt, dass Arbeitnehmer am Arbeitsplatz keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, philosophischen und religiösen Überzeugungen tragen durften. Im April 2006 erklärte die Klägerin der Beklagten gegenüber, nun im Gegensatz zu vorher während der Arbeit ein islamisches Kopftuch zu tragen. Die Beklagte teilte der Klägerin unter Berufung auf die Regelung über die einzuhaltende Neutralität mit, dies werde nicht geduldet werden. Im Mai 2006 wiederholte die Klägerin ihre Ankündigung: Sie werde nunmehr bei ihrer Arbeit das Kopftuch tragen. Am 12.06.2006 wurde die Klägerin wegen dieser Absicht entlassen. Die ersten beiden belgischen arbeitsgerichtlichen Instanzen wiesen die Klage ab: Das Neutralitätsgebot führe weder zu einer unmittelbaren noch zu einer mittelbaren Diskriminierung. Es betreffe alle Religionen in gleicher Weise. Die Entlassung sei nicht wegen des Glaubens der Klägerin erfolgt, sondern wegen ihrer Ankündigung, die Arbeitsordnung nicht einhalten zu wollen. Auf die gegen diese Entscheidungen gerichtete Kassationsbeschwerde stellte der Kassationsgerichtshof dem Europäischen Gerichtshof die folgende Vorlagefrage: „Ist Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL 2000/78 so auszulegen, dass das Verbot, als Muslima am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, keine unmittelbare Diskriminierung darstellt, wenn die beim Arbeitgeber bestehende Regel es allen Arbeitnehmern verbietet, am Arbeitsplatz äußere Zeichen politischer, philosophischer und religiöser Überzeugungen zu tragen?“

Der Europäische Gerichtshof sah in diesem wie im folgenden Fall das Tragen des Kopftuchs als vom Schutzbereich der Religionsfreiheit umfasst; die Regelungen der Religionsfreiheit in Art. 10 Abs. 1 GrCh und Art. 9 EMRK haben nach Art. 52 Abs. 3 GrCH die gleiche Bedeutung und Reichweite. Eine unmittelbare Diskriminierung liege nicht vor, weil die von der Beklagten aufgestellte Neutralitätsregel alle Arbeitnehmer in gleicher Weise erfasse und in gleicher Weise auf sie angewendet werde. Wenn sich aber für das vorliegende Gericht erweise, dass diese Regel mit

¹⁹⁶ So schon früh *Silke Ruth Laskowski*, Der Streit um das Kopftuch geht weiter – Warum das Diskriminierungsverbot wegen der Religion nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird, KJ 2003, 421ff. (439ff.); vgl. zur Diskussion auch *Gregor Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013, Rn. 110.

¹⁹⁷ EuGH C-157/15 (Samira Achbita ./ G4S Secure Solutions), Urt. v. 14.03.2017, ECLI:EU:C:2017:203, NJW 2017, 1087ff.

einem dem Anschein nach neutralen Inhalt tatsächlich dazu führe, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt würden, könne eine mittelbare Benachteiligung gegeben sein. Es sei aber zu beachten, so eine Grundaussage dieser Entscheidung, dass eine solche Ungleichbehandlung dann nicht als mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG anzusehen sei, „wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt wäre und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich wären“.¹⁹⁸ Der Wille, im Verhältnis zu den öffentlichen und den privaten Kunden eine Politik der politischen, philosophischen oder religiösen Neutralität zum Ausdruck zu bringen, sei im Sinne eines solchen Ziels als rechtmäßig anzusehen. Ein derartiger Wunsch eines Arbeitgebers werde von der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GrCh) gedeckt und dies insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber nur die Arbeitnehmer einbeziehe, die Kundenkontakt hätten.¹⁹⁹ Ein solches Verbot sei dann „zur Gewährleistung der ordnungsgemäßen Anwendung einer Politik der Neutralität geeignet [...], sofern diese Politik tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wird“.²⁰⁰ Richte sich dieses Verbot nur an mit Kunden in Kontakt tretende Arbeitnehmer der Beklagten, so sei es als für die Erreichung des verfolgten Ziels unbedingt erforderlich anzusehen.

(2) Bougnaoui und ADHH ./ Micropole SA (EuGH C-188/15)²⁰¹

Die Klägerin (unterstützt von einem Verband) wandte sich dagegen, dass sie wegen der Weigerung, das von ihr getragene Kopftuch abzulegen, entlassen worden war. Sie war seit dem 15.07.2008 als Softwaredesignerin bei der Beklagten beschäftigt. Von Anfang ihrer Tätigkeit an war bei Kunden der Beklagten ein Streitiges Thema, dass sie ein islamisches Kopftuch trug. Anders als im ersten Fall gab es bei der Beklagten wohl keine Arbeitsordnung mit Bezug auf alle weltanschauliche und religiöse Bekundungen. Die ersten beiden Gerichtsstufen wiesen die Klage ab: Der Wunsch der Beklagten nach einem neutralen Auftreten gegenüber Kunden sei nachvollziehbar und führe nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Freiheit der Klägerin – so die erste Instanz. Die Berufungsinstanz bewertete die Ausübung der Religionsfreiheit durch die Klägerin als aufdrängend gegenüber den Kunden der Beklagten, ohne deren Empfindlichkeit dagegen zu beachten. Die Revisionsinstanz legte das Verfahren dem Europäischen Gerichtshof mit der Frage vor, ob Kundenwünsche als im Sinne von Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG wesentliche und entscheidende

¹⁹⁸ A.a.O., S. 1088 Rn. 35.

¹⁹⁹ A.a.O., S. 1089 Rn. 38 mit Hinweis, dass der EGMR eine solche Beschränkung der Religionsfreiheit billige: EGMR, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUDO004842010 = NJW 2014, 1935 Rn. 94 – Eweida u.a.

²⁰⁰ A.a.O., S. 1089 Rn. 40.

²⁰¹ EuGH C-188/15 (Bougnaoui und ADHH ./ Micropole SA), Urt. v. 14.03.2017, ECLI:EU:C:2017:204, NJW 2017, 1089ff.

berufliche Anforderungen angesehen werden könnten.

Die Entscheidungsbegründung nimmt zunächst in vollem Umfang Bezug auf die Gründe der vorstehenden Entscheidung in Sachen *Samira Achbita ./. G4S Secure Solutions* vom gleichen Tag. Sollte die angegriffene Entlassung nicht auf den Verstoß gegen eine in dem Unternehmen geltende Regel gestützt werden können, so sei zu prüfen, „ob der Wille eines Arbeitgebers, dem Wunsch eines Kunden zu entsprechen, die Leistungen nicht mehr von einer Arbeitgeberin ausführen zu lassen, die [...] ein islamisches Kopftuch trägt, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 RL 200078/EG darstellt“²⁰². Die zur Ausführung dieser Richtlinie ergangene Regelung in einem Mitgliedsstaat könne unter diesen Umständen eine mittelbare Diskriminierung verneinen, „sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung“ handle.²⁰³ Weiter müsse nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt werde, sondern ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen, was nach dem 23. Erwägungsgrund der fraglichen Richtlinie für mit der Religion in Zusammenhang stehende Merkmale nur unter sehr begrenzten Bedingungen der Fall sein könne. Darüber hinaus könne dieses Merkmal nur „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung“ eine solche Anforderung darstellen. Zusammen genommen führen diese Erwägungen zu der Schlussfolgerung, dass der Rechtsbegriff „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ im Zusammenhang der Richtlinie eine Anforderung bedeutet, „die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist“, nicht aber subjektive Erwägungen des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen, beinhaltet.²⁰⁴

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Europäische Gerichtshof im Fall von Mitarbeitern mit Außenkontakten eine im Firmeninteresse liegende, in der Sache begründete, systematisch ein- und durchgeführte Neutralitätspolitik für mit der Gleichbehandlungsrichtlinie vereinbar erklärt und dies auch rechtsdogmatisch in hochdifferenzierter Weise auffächert und überprüfbar macht.²⁰⁵ Die

²⁰² A.a.O., S. 1091 Rn. 34.

²⁰³ A.a.O., S. 1091 Rn. 35.

²⁰⁴ A.a.O., S. 1091 Rn. 40.

²⁰⁵ Zustimmend *Walter Frenz*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.03.2017 – C 157/15 und C 186/15 – Kopftuchverbot in Unternehmen stellt keine unmittelbare Diskriminierung dar, DVBl. 2017, 623f. In der Literatur wird dies zum Teil nicht in genügender Klarheit gesehen; das ist in der Regel mit einer mangelnden Wahrnehmung der Divergenzen innerhalb des Bundesverfassungsgerichts verbunden, indem der Entscheidung des Ersten Senats ein zu hohes Gewicht zugesprochen wird. Vgl. z.B. *Jens Schubert*, Religiöse Symbole und Kleidungsstücke am Arbeitsplatz, NJW 2017, 2582-2588 (2484f.) mit zu weitgehenden Generalisierungen, geringem Verständnis für die kluge Zurückhaltung des Gerichtshofs und der Unterstellung eines fehlenden Verständnisses der komplexen Zusammenhänge zwischen Religionsfreiheit und islamischer Religionskultur; *Roland Schwarze*, Neutraler Unternehmensauftritt rechtfertigt Kopftuchverbot, JA 2017, 943ff. mit zu geringer Würdigung der dogmatischen

Religionsfreiheit muslimischer Trägerinnen des Kopftuchs muss im Fall einer betriebsspezifisch begründeten Neutralitätsregel, die alle Arbeitnehmer in gleicher Weise erfasst und in gleicher Weise auf sie angewendet wird, zurücktreten. Werden Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt, kann eine mittelbare Benachteiligung gegeben sein. Eine solche Ungleichbehandlung ist aber dann nicht als mittelbare Diskriminierung anzusehen, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Eine Politik politischer, philosophischer oder religiöser Neutralität im Verhältnis zu öffentlichen und den privaten Kunden ist im Sinne eines solchen Ziels rechtmäßig, wenn sie tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wird. Dieser Wunsch eines Arbeitgebers ist von der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GrCh) gedeckt, nicht zuletzt wenn der Arbeitgeber nur Arbeitnehmer mit Kundenkontakt einbezieht.

Insgesamt stehen diese beiden Entscheidungen, vergleicht man sie mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, den Entscheidungen des Zweiten Senats (Erste Kopftuchentscheidung und Beschluss zum Kopftuchtragen einer Rechtsreferendarin) nahe: Gefahren und Konflikten, die sich aus dem Kopftuchtragen ergeben können, darf vorbeugend aufgrund eines rechtsnormativ präzise zu fassenden Konzepts von Neutralität entgegengetreten werden, sofern die miteinander in Konflikt stehenden Rechtsgüter keine andere Lösung ermöglichen. Dabei sind aber die rechtlich geschützten Positionen sehr genau zu erfassen und einzugrenzen. Zu berücksichtigen ist bei dieser Bewertung auch die Tatsache, dass der Gerichtshof die bis zu diesem Zeitpunkt ergangenen Entscheidungen der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts genau kannte. Er nimmt zentrale Bewertungen des Ersten Senats nicht in seine eigenen Rechtsbeurteilung auf.

b) Kopftuch und Religionskulturen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – EGMR – sieht sich sehr unterschiedlichen, das Verhältnis von Religion und Neutralität im öffentlichen Raum regelnden Konzeptionen der Mitgliedsstaaten gegenüber. Der Religionsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 EMRK) entnimmt er das Prinzip der staatlichen Neutralität²⁰⁶, wendet es aber zentral im Sinne einer leitenden Idee, nicht im Sinne

Reichweite und Begründungstiefe der rezensierten Entscheidung; *Armin Steinbach*, Religion und Neutralität im privaten Arbeitsverhältnis, *Der Staat* 56 (2017) 621-651 mit Hinweis auf den Unterschied zwischen Staat und Unternehmen (634), bedenkenswerten Überlegungen zur Marktunterworfenheit von Unternehmen (636), allerdings ohne Einbeziehung der Besonderheiten einer islamischen Religionskultur in ihrer Bedeutung für Bildung und Erziehung sowie für andere soziale und ökonomische Felder.

²⁰⁶ Vgl. z.B. *Christian Walter*, Die weltanschauliche Neutralität des Staates und sein Verhältnis zur Religion, in *Rohe/Engin/Khorchide/Özsoy/Schmid* (Hg.), *Handbuch Christentum und Islam in Deutschland*, Bd. 1, 2014, S. 238ff. m.w.Nachw.

eines alles vereinheitlichenden Musters an.²⁰⁷ Neben Entscheidungen des EGMR zum Kopftuch und zur Verschleierung sind im Sinne der hier zentralen Fragen auch die Entscheidungen zu umreißen, die das Verhältnis zwischen einer Betätigung unter Inanspruchnahme der Religionsfreiheit und der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten thematisieren.

(1) Das Kopftuch in Schulen und Hochschulen

Die erste Entscheidung des EGMR zum islamischen Kopftuch betraf die Beschwerde einer Genfer Lehrerin gegen ihre Klage gegen ein Kopftuchverbot abweisende Entscheidungen zweier Schweizer Gerichte (Staatsrat von Genf/Bundesgericht).²⁰⁸ Der EGMR sah in dem Verbot eine nach Art. 9 Abs. 2 EMRK zulässige Einschränkung der Religionsfreiheit. Das Verbot diene dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sowie der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung. Das ergebe sich aus der Begründung des Bundesgerichts: Es habe dabei den Grundsatz der konfessionellen Neutralität der Schule und die Beeinträchtigung religiöser Gefühle von Schülern und Eltern durch das Kopftuchtragen berücksichtigt. In der Abwägung zwischen der Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin und den genannten Belangen habe das Gericht alle Aspekte hinreichend berücksichtigt. Die sich daraus ergebenden Notwendigkeiten, nicht dagegen Einwendungen gegen die Religion der Beschwerdeführerin seien der Grund für diese Entscheidung gewesen.²⁰⁹ Das angefochtene, an die Beschwerdeführerin gerichtete Kopftuchverbot sei als Maßnahme zu qualifizieren, die „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig sei. Eine Diskriminierung sei nicht gegeben, weil das Verbot nicht auf die Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht ziele, sondern das berechtigte Ziel der Neutralität des Grundschulunterrichts verfolge. Eine solche Maßnahme könne sich im Fall von Kleidung einer anderen Religion auch an einen Mann richten.

Die nachfolgende Entscheidung des EGMR betraf ein Verbot des Kopftuchs für Studentinnen an türkischen Hochschulen²¹⁰: Die Klage der Beschwerdeführerin gegen einen Runderlass des Rektors der Universität Istanbul vom 23.02.1998, der Studentinnen mit Kopftuch vom Besuch der

²⁰⁷ Vgl. z.B. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 10.11.2005 (Leyla Sahin ./ Turkey), Antrag Nr. 44774/98, EuGRZ 2006, S. 28ff. = NVwZ 2006, S. 1389ff. (S. 1392 Nr. 109).

²⁰⁸ EGMR, Beschluss v. 05.02.2001 (Dahlab ./ Schweiz), Antrag Nr. 42393/98, NJW 2001, S. 2871ff.

²⁰⁹ A.a.O., S. 2873: „Wie könnte man unter diesen Umständen von vornherein jede bekehrende Wirkung ausschließen, die das Tragen des Kopftuchs haben kann, wo es doch den Frauen durch eine Vorschrift des Korans auferlegt worden zu sein scheint, die, wie das Bundesgericht festgestellt hat, mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nur schwer vereinbar ist. Außerdem scheint es schwierig zu sein, das Tragen des islamischen Kopftuchs mit der Botschaft der Toleranz zu vereinbaren, der Achtung des anderen und insbesondere der Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung, eine Botschaft, die in einer demokratischen Gesellschaft Lehrer ihren Schülern übermitteln müssen.“

²¹⁰ EGMR (Große Kammer), Urteil v. 10.11.2005 (Leyla Sahin ./ Turkey), Antrag Nr. 44774/98, EuGRZ 2006, S. 28ff. = NVwZ 2006, S. 1389ff.

Studienveranstaltungen ausschloss, wurde in beiden Instanzen der türkischen Gerichtsbarkeit abgewiesen. Der EGMR wies die dagegen gerichtete Beschwerde mit der Begründung ab, der im Verbot liegende Eingriff in die Religionsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 EMRK) sei gesetzlich vorgesehen gewesen und habe eines der in Art. 9 Abs. 2 EMRK angeführten berechtigten Ziele in grundsätzlich – gemessen an diesem Ziel – gerechtfertigter und verhältnismäßiger Weise verfolgt, sodass er als „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig angesehen werden könne.²¹¹ Der EGMR nimmt die Entscheidung im Fall *Karaduman./Türkei*²¹² in Bezug, die Maßnahmen an Hochschulen unter Einschränkung der Religionsfreiheit für gerechtfertigt erklärte, „bei denen es darum ging, religiöse fundamentalistische Bewegungen daran zu hindern, Druck auf die Studenten auszuüben, die jene Religion nicht praktizieren oder einer anderen Religion angehören“: „So steht fest, dass Einrichtungen des höheren Unterrichtswesens das Praktizieren von Bräuchen und die Verwendung von Symbolen einer Religion verbieten können, indem sie Einschränkungen für Ort und Form vorschreiben, um das friedliche Miteinander von Studenten verschiedener Glaubensrichtungen und damit die öffentliche Ordnung und den Glauben anderer zu schützen.“²¹³ Angesichts der Auseinandersetzungen mit extremistischen politischen Bewegungen in der Türkei, die der Gesellschaft ihre religiösen Konzeptionen und Gebote aufzuzwingen suchten, sei der Runderlass eine Maßnahme, die angesichts des für die Türkei besonders bedeutsamen Prinzip des Laizismus berechnete Ziele verfolge sowie „die Wahrung des Pluralismus in der Universität“.²¹⁴ Angesichts der langen Diskussion über die Regelungen zum Kopftuchtragen und ihrer behutsamen Einführung sei dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit genüge getan.²¹⁵

Der vorstehenden Entscheidung relativ nahe steht nachfolgende Entscheidung des EGMR über die Beschwerde einer türkischen Professorin gegen ein ihr 1998 auferlegtes Kopftuchverbot, das dann wegen fortgesetzten Tragens des Kopftuchs während der universitären Arbeit im gleichen Jahr zu ihrer Entlassung führte.²¹⁶ Die Beschwerdeführerin griff die gegen sie ergangenen Maßnahmen – ungeachtet einer im Jahre 1999 erfolgten Amnestie – vor den türkischen Gerichten an, blieb aber damit erfolglos. Die Begründung der ihre Beschwerde abweisenden Entscheidung des EGMR stellt ebenso wie die vorangehende Entscheidung auf die säkulare und laizistische Orientierung der Religionspolitik in der Türkei ab und sieht das Kopftuchverbot angesichts der dafür einschlägigen

²¹¹ A.a.O., S. 1390 Nr. 71. Die gesetzliche Grundlage umfasst in diesem Fall die Verfassung und ihre Auslegung durch den türkischen Verfassungsgerichtshof. Vgl. a.a.O., S. 1391 Nr. 89-98.

²¹² EKMR 1993, DR Bd. 74, S. 93ff.

²¹³ EGMR (Große Kammer), Urteil v. 10.11.2005, a.a.O. (Anm. 210), S. 1392 Nr. 111 unter Hinweis auf EGMR, Sammlung 2004/I Nr. 95 (*Refah Partisi u.a. ./ Türkei*) = NVwZ 2003, S. 1489 (1492).

²¹⁴ EGMR (Große Kammer), Urteil v. 10.11.2005, a.a.O. (Anm. 210), S. 1393 Nr. 115.

²¹⁵ A.a.O., S. 1393 Nr. 117-122.

²¹⁶ EGMR, Entscheidung v. 24.01.2006, Antrag Nr. 65500/01 (*Kurtulmus ./ Türkei*).

Regelung des Art. 9 Abs. 2 EMRK durch die Schrankenerfordernisse gerechtfertigt.

Das in Frankreich bestehende Kopftuchverbot für Schülerinnen an allgemeinbildenden Schulen steht im Zentrum des Urteils des EGMR vom 04.12.2008.²¹⁷ Die Beschwerdeführerin trug ab Januar 1999 in der ersten Klasse des Gymnasiums ein Kopftuch. Sie nahm in diesem Monat mehrmals am Sportunterricht teil und weigerte sich dabei, das von ihr getragene Kopftuch abzunehmen. In der Folge wurde sie von der Schule verwiesen. Die dagegen gerichtete Klage der Eltern im eigenen Namen und als gesetzliche Vertreter der Beschwerdeführerin wurde in zwei Instanzen zurückgewiesen. Der Staatsrat (Conseil d'Etat) erklärte die Revision für unzulässig. Der EGMR stellte fest, dass die gegen die Beschwerdeführerin gerichteten Maßnahmen auf gesetzlicher Grundlage beruhten und dass der Eingriff in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin im Wesentlichen die berechtigten Ziele des Schutzes der Rechte und Freiheiten Anderer und der öffentlichen Ordnung verfolgte.²¹⁸ Unter Bezugnahme auf vorangehende Entscheidungen – darunter Köse u.a. ./ . Türkei, Sammlung 2006-II: Rechtfertigung eines an türkische Schüler gerichteten Verbots, am Unterricht mit Kopftuch teilzunehmen – würdigt der EGMR das französische laizistische Modell: Die Behörden müssten im Sinne des Pluralismus und der Freiheit anderer sorgfältig darauf achten, „dass das Bekenntnis religiöser Überzeugungen durch Schüler an einer Schule nicht zu einer demonstrativen Handlung wird, die Zwang und Ausgrenzung anderer bedeutet“.²¹⁹ Die Religionsfreiheit nach der EMRK dürfe so durch den Grundsatz der Laizität eingeschränkt werden. Das gegen die Schülerin durchgeführte Disziplinarverfahren habe durchaus den Interessenausgleich zwischen allen Beteiligten angestrebt und sei rechtsstaatlich strukturiert gewesen. Der Schulverweis sei grundsätzlich aus den vorstehend angesprochenen Zielen heraus gerechtfertigt und auch verhältnismäßig.²²⁰

(2) Religionsbezogenes Verhalten in Arbeitsverhältnissen

Mitte der 90er Jahre entschied die Vorgängerin des EGMR, die Europäische Kommission für Menschenrechte – EKMR –, ein vorzeitiges Verlassen des Arbeitsplatzes oder die Nichteinhaltung der Arbeitszeit unter Verstoß gegen vertraglich vereinbarte Arbeitspflichten genieße, auch wenn es aus religiösen Motiven erfolge, nicht den Schutz der Religionsfreiheit.²²¹

²¹⁷ EGMR, Urteil v. 04.12.2008, Antrag Nr. 27085/05 (Dogru ./ . Frankreich), NJOZ 2010, S. 1193ff.

²¹⁸ A.a.O., Nr. 49-59 und Nr. 60.

²¹⁹ A.a.O., Nr. 71.

²²⁰ Dieser Entscheidung parallel: EGMR Entscheidung v. 30.06.2009 Nr. 43563/08 (Aktas ./ . Frankreich).

²²¹ EKMR, 03.12.1996, 24949/94 (Kontinen ./ . Finnland): Missachtung vertraglich vereinbarter Arbeitszeiten durch den Arbeitnehmer aus religionsbezogenen Gründen; EKMR, 09.04.1997, 29107/95 (Stedman ./ . The United Kingdom): Nichteinhaltung vertraglich vereinbarter Arbeitszeiten unter Berufung auf die Religionsfreiheit.

Eine weitere wesentliche Entscheidung zur Religionsfreiheit von Arbeitnehmern erging im Jahr 2013²²²: Das Verfahren der Beschwerdeführerin zu 1) gegen die Fluggesellschaft British Airways Plc (BA) betraf die Weigerung der Beschwerdeführerin, entsprechend der Kleiderordnung der BA auf das offene Tragen eines Kreuzes an einer Halskette zu verzichten. Vom 21.09.2006 bis zur Änderung der Kleiderordnung am 01.02.2007 konnte die Beschwerdeführerin ihre Arbeit an den check-in-Schaltern der BA nicht ausüben und erhielt keine Entschädigung für den Verdienstausfall. Rechtsbehelfe der Beschwerdeführerin blieben erfolglos. Der EGMR distanziert sich eingangs seiner Begründung von einem in der Vergangenheit in die Beurteilung arbeitsrechtlicher Sanktionen eingeflossenen Argumentationsmodell: „Wenn sich jemand über eine Einschränkung seiner Religionsfreiheit am Arbeitsplatz beschwert, ist es angesichts der Bedeutung der Religionsfreiheit in der demokratischen Gesellschaft richtiger, die Möglichkeit eines Wechsels der Beschäftigung bei der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu prüfen und nicht wegen dieser Möglichkeit einen Eingriff zu verneinen.“²²³ Der EGMR sieht sich bei Eingriffen im staatlichen Bereich zur Prüfung verpflichtet, „ob die im staatlichen Bereich getroffenen Maßnahmen grundsätzlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sind“. Haben dagegen private Unternehmen die angegriffenen Maßnahmen ergriffen, muss der EGMR „die Beschwerde unter dem Gesichtspunkt der positiven Verpflichtung der staatlichen Behörden und Gerichte prüfen, die Rechte aus Art. 9 EMRK den Personen unter ihrer Hoheitsgewalt zu garantieren. [...] Die Grenze zwischen positiven und negativen Verpflichtungen des Staates nach der Konvention lässt sich nicht genau ziehen, die anwendbaren Grundsätze sind aber ähnlich. In beiden Fällen muss ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit hergestellt werden, und in beiden Fällen hat der Staat einen gewissen Ermessensspielraum.“²²⁴ Im konkreten Fall war für den EGMR wohl entscheidend, dass die englischen Gerichte nicht genügend berücksichtigten, dass die BA schon früher das Tragen islamischer Kopftücher wie religiös konnotierter Turbane zugelassen hatte, ohne dass sich das negativ auf das von der BA ins Feld geführte Erscheinungs- oder Unternehmensbild ausgewirkt hätte. Es habe keinen Nachweis für eine echte Beeinträchtigung der Interessen der BA durch das Verhalten der Beschwerdeführerin zu 1) gegeben, sodass die britischen Gerichte deren Religionsfreiheit nicht ausreichend geschützt hätten.²²⁵

Entgegengesetzt beurteilte der EGMR den hinsichtlich des Tragens des Kreuzes an einer Halskette parallel, aber hinsichtlich des Arbeitsplatzes und der übrigen Umstände anders gelagerten Fall der

²²² EGMR, Urt. v. 15.01.2013, 48420/10 (Eweida ./ Vereinigtes Königreich), NJW 2014, S. 1935-1941. Das Verfahren verband die Verfahren von vier Beschwerdeführern zur gemeinsamen Entscheidung.

²²³ A.a.O., Rn. 83 a.E.

²²⁴ A.a.O., Rn. 85.

²²⁵ A.a.O., Rn. 94f.

Beschwerdeführerin zu 2), die als Krankenschwester in der Geriatrie eines Krankenhauses tätig war. Die Krankenhausleitung war der Auffassung, ein verwirrter Patient könne die Kette sehen, an ihr reißen und so die Beschwerdeführerin oder sich selbst verletzen; in Bewegung könne die Kette eine offene Wunde berühren. Eine andere Krankenschwester christlichen Glaubens war aufgefordert worden, Kreuz und Kette abzunehmen. Das Tragen sowohl von Kopftüchern als auch (im Fall von zwei Sikhs) eines Armreifs und eines symbolischen Dolchs war untersagt worden. Die Beschwerdeführerin schlug das Angebot aus, das Kreuz in Form einer Brosche oder unter einem hochgeschlossenen Oberteil versteckt zu tragen. Der Schutz von Sicherheit und Gesundheit im Krankenhaus, so der EGMR, habe das Verbot als verhältnismäßig gerechtfertigt.²²⁶

Im Fall der Beschwerdeführerin zu 3), einer Standesbeamtin in London, die sich aufgrund ihrer religiösen Überzeugung weigerte, gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften zu registrieren, und gegen diese Verpflichtung klagte, sah der EGMR ebenfalls keine Diskriminierung aus Gründen der Religion gegeben: Das Ziel der Behörde, gleichgeschlechtliche ebenso wie heterosexuelle Partnerschaften zu behandeln, sei berechtigt. Der Verlust ihrer Arbeitsstelle wiege auf der Seite der Beschwerdeführerin sehr schwer, jedoch stehe der Behörde ein weitgehender Ermessensspielraum angesichts dessen zu, dass ein gerechter Ausgleich zwischen einander widerstreitenden Rechten der Konvention herzustellen gewesen sei. Diesen Ermessensspielraum hätten die britischen Behörden und Gerichte nicht überschritten.²²⁷

Der Fall des Beschwerdeführers zu 4) war dem letztgenannten Fall parallel gelagert, insofern dieser sich im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit bei einer privaten Einrichtung für (auch psychosexuelle) Beziehungsberatung aus religiösen Gründen weigerte, homosexuelle Paare zu beraten. Der EGMR erkannte auch in diesem Fall auf einen weiten Ermessensspielraum britischer Gerichte bei ihrer Aufgabe, einen Ausgleich zwischen dem Recht des Beschwerdeführers auf Religionsfreiheit und dem Interesse seines Arbeitgebers, die Rechte anderer zu schützen, herbeizuführen. Dieser Ermessensspielraum sei nicht überschritten worden.²²⁸

(3) Das Kruzifix in den öffentlichen Schulen Italiens

2011 entschied der EGMR über eine Beschwerde, die sich gegen die in Klassenzimmern der öffentlichen Schulen Italiens angebrachten Kruzifixe richtete, nachdem eine entsprechende Klage

²²⁶ A.a.O., Rn. 98ff.

²²⁷ A.a.O., Rn. 105f.

²²⁸ A.a.O., Rn. 108ff.

der Beschwerdeführerin zu 1) über zwei Instanzen erfolglos geblieben war.²²⁹ Ausgangspunkt der Entscheidungsgründe ist die Überlegung, dass die Verpflichtung der Vertragsstaaten, gemäß Art. 2 Abs. 2 des 1. Zusatz-Protokolls zur EMRK – 1. ZP-EMRK – die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen der Eltern zu achten, sich nicht nur auf den Unterrichtsinhalt, sondern auf alle vom Staat übernommenen Aufgaben auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts erstreckt.²³⁰ Ob ein religiöses Symbol an den Wänden eines Klassenzimmers einen Einfluss auf die Schüler ausübe, sei nicht beweiskräftig festzustellen. Nach der Erklärung der Regierung seien Kruzifixe in Klassenzimmern staatlicher Schulen Ergebnis der historischen Entwicklung Italiens und hätten eine nicht nur religiöse, sondern auch identitätsbezogene Dimension im Rahmen einer Tradition, deren Fortsetzung für wichtig gehalten werde. Die Regierung „fügt hinzu, dass das Kruzifix über seine religiöse Bedeutung hinaus Prinzipien und Werte verkörpere, welche die Grundlage von Demokratie und westlicher Zivilisation bildeten und sich seine Präsenz in den Klassenzimmern aus diesem Grund rechtfertige“.²³¹ Die Entscheidung über die Fortsetzung einer derartigen Tradition falle grundsätzlich in den – angesichts der diesbezüglichen Unterschiede in Europa: weiten – Beurteilungsspielraum des Staates. Derartige Traditionen entbänden nicht von der Verpflichtung, die in der EMRK samt Zusatzprotokollen enthaltenen Rechte und Freiheiten zu beachten. Damit komme den Vertragsstaaten „bei ihrem Bemühen, einen Ausgleich zu schaffen zwischen ihren Aufgaben im Bereich der Erziehung und des Unterrichts einerseits und der Achtung des Rechts der Eltern auf Erziehung und Unterricht entsprechend ihren eigenen und religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen andererseits, ein Beurteilungsspielraum“ zu. „Der Gerichtshof ist deshalb grundsätzlich verpflichtet, die Entscheidungen der Vertragsstaaten in diesen Angelegenheiten, einschließlich des Stellenwerts, den sie der Religion zumessen, zu achten, solange diese Entscheidungen nicht zu einer Form der Indoktrination führen.“²³² Auch wenn das Anbringen von Kruzifixen in Klassenzimmern einer Mehrheitsreligion eine herausgehobene Sichtbarkeit im schulischen Umfeld verschaffe, reiche das nicht aus, um von einer Indoktrination seitens des betroffenen Staates auszugehen, zumal ein Kruzifix an einer Wand ein überwiegend passives Symbol darstelle, was mit Blick auf den Grundsatz der Neutralität von Bedeutung sei.²³³ Das Kruzifix sei darüber hinaus – entgegen vorangehenden Entscheidungen zu anderen Konstellationen – nicht als „starkes äußeres Zeichen“ zu verstehen. Weiterhin bestehe in den Schulen ein für andere

²²⁹ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 18.03.2011, 30814/06 (Lautsi ./ Italien), EuGRZ 2011, S. 677-687; vgl. zur vorangehenden Entscheidung des EGMR (Kleine Kammer der 2. Sektion) v. 3.11.2009 (Anbringung der Kruzifixe verletzt Art. 2 des 1. Zusatz-Protokolls zur EMRK i.V.m. Art. 9 EMRK), JZ 2010, S. 450.

²³⁰ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 18.03.2011, 30814/06, a.a.O., S. 684 Nr. 63.

²³¹ A.a.O., S. 685 Nr. 67.

²³² A.a.O., S. 685 Nr. 69.

²³³ A.a.O., S. 685 Nr. 71f.

Religionen offenes Umfeld. Mit der Entscheidung, die Kruzifixe in den Klassenzimmern zu belassen, hätten die staatlichen Behörden innerhalb des dem Staat zustehenden Beurteilungsspielraums gehandelt.²³⁴ Die Entscheidung des EGMR zum Kruzifix ist überwiegend auf Zustimmung gestoßen.²³⁵

(4) Das Verbot der Gesichtverschleierung in Frankreich

Von besonderem Gewicht für die rechtliche Beurteilung der Gesichtverschleierung unter Berufung auf die islamische Religion ist das Neuland betretende, grundlegende Urteil der großen Kammer des EGMR vom 01.07.2014.²³⁶ Die Beschwerdeführerin wandte sich gegen das französische Gesetz 2010-1192 vom 11.10.2010, das am 11.04.2011 in Kraft trat. Das Gesetz enthält ein für jedermann geltendes Verbot, in der Öffentlichkeit sein Gesicht zu verschleiern. Als Muslima trage sie den Niqab (ein das Gesicht bis auf die Augen verhüllendes Tuch) nicht durchgehend, aber insbesondere bei religiösen Ereignissen wie während des Ramadans in der Öffentlichkeit. Der EGMR hielt angesichts einer Feststellung des französischen Verfassungsgerichtshofes und des Urteils einer Kammer des Kassationshofs, die das Gesetz als mit der Religionsfreiheit vereinbar bewerteten, eine Zurückweisung der Beschwerde wegen Nichterschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe für nicht geboten.²³⁷ Auch sei weder ein Missbrauch der Beschwerde noch eine Popularklage gegeben, da sich die Beschwerdeführerin auf ihre Opfereigenschaft berufen könne. Das Gesetz greife in das Recht auf Gestaltung des Privatlebens und in die Religionsfreiheit ein (Art. 8 und 9 EMRK). Die Prüfung, ob ein berechtigtes Ziel gemäß der Schrankenregelung der beiden Freiheitsrechte verfolgt worden ist, konzentriert sich auf die von der französischen Regierung angeführten Zwecke, erstens den Schutz der öffentlichen Sicherheit und zweitens die Achtung der minimalen Grundwerte einer demokratischen und offenen Gesellschaft, letztere verkörpert in drei, mit dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer zusammenhängenden Werten: der Achtung der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau (1), der Würde des Menschen (2) und der Mindestanforderungen des Lebens in der Gesellschaft (3). Der EGMR stellt zunächst den zweiten der beiden genannten Zwecke in den Mittelpunkt, weil der erste Zweck nicht von den Schranken des Art. 8 Abs. 2 EMRK abgedeckt wird.²³⁸

²³⁴ A.a.O., S. 685 Nr. 76.

²³⁵ Zustimmend und in gründlicher Auseinandersetzung auch mit der entgegengesetzten Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts z.B. *Juliane Kokott*, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 32.

²³⁶ EGMR, Urt. vom 01.07.2014, 43835/11 (SAS ./ Frankreich), NJW 2014, S. 2925-2935; zustimmend *Martin Hochhuth*, a.a.O., S. 2935.

²³⁷ A.a.O., S. 2926 Rn. 61.

²³⁸ Der EGMR verneint zudem eine Rechtfertigung des Verbots unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit: vgl. a.a.O., S. 2929 Rn. 139.

Der Staat verfolge zwar mit dem an Frauen gerichteten Verbot, ihr Gesicht zu verschleiern, ein Ziel, das der Gleichberechtigung der Geschlechter diene. Das Verbot einer Übung, für die Frauen sich auf die in Art. 8 und 9 EMRK garantierten Rechte beriefen, sei nicht durch eine Berufung auf eben diese Vorschriften zu rechtfertigen, da man in diesem Fall geltend machen müsse, „Personen auf dieser Grundlage vor der Ausübung ihrer eigenen Rechte und Freiheiten zu schützen“.²³⁹ Die Achtung der Menschenwürde könne ein allgemeines Verbot einer Verschleierung des Gesichts nicht rechtfertigen. Denn diese Kleidung „ist mit ihrer Andersartigkeit der Ausdruck einer kulturellen Identität, die zum Pluralismus beiträgt, welcher der demokratischen Gesellschaft eigen ist“.²⁴⁰

Entscheidend kommt es daher auf die Frage nach den Mindestanforderungen des gesellschaftlichen Lebens oder des Zusammenlebens in der Verbindung mit dem berechtigten Ziel des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer an. Grundsätzlich hält der EGMR die dazu entwickelte Position der französischen Regierung für verständlich: Das Gesicht spielt bei sozialen Kontakten eine wichtige Rolle. An der Öffentlichkeit allgemein zugänglichen Orten sollen sich keine Übungen oder Haltungen entwickeln, „welche die Möglichkeit offener zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich in Frage stellen, die nach allgemeiner Auffassung notwendiger Bestandteil des gemeinschaftlichen Lebens in der Gesellschaft sind. Die Barriere, die gegenüber anderen durch einen das Gesicht verbergenden Schleier errichtet wird, kann aber vom beklagten Staat als Angriff auf das Recht anderer verstanden werden, in einem sozialen Raum zu leben, der das Zusammenleben erleichtert.“²⁴¹

Für die Frage der Notwendigkeit dieser Einschränkung in einer demokratischen Gesellschaft stellt der EGMR in Rechnung, dass den Staaten insoweit ein weiter Ermessensspielraum zusteht, für den auch der Konsens und die gemeinsamen Werte, die sich aus der Praxis in den Konventionsstaaten ergeben, von Bedeutung sein können. Das Ziel der Einhaltung von Mindestanforderungen des Zusammenlebens in der Gesellschaft als Bestandteil des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer zählt der EGMR zu den Aufgaben des Staates und nimmt auf die Begründung des Gesetzesentwurfs Bezug: „Wenn das absichtliche und systematische Verhüllen des Gesichts Schwierigkeiten macht, dann deswegen, weil es allen grundlegenden Anforderungen des Zusammenlebens in der

²³⁹ A.a.O., S. 2929 Rn. 119.

²⁴⁰ A.a.O., S. 2929 Rn. 120. Dieses Argument erscheint plausibel als Inbezugnahme der für den Pluralismus notwendigen Toleranz. Ob die kulturelle Identität einer extrem orthodox-konservativ ausgeprägten islamischen Religionskultur an sich selbst zum Pluralismus beiträgt oder ihn zu fördern geeignet sein kann, wird mit guten Gründen bezweifelt werden können.

²⁴¹ A.a.O., S. 2929 Rn. 122.

französischen Gesellschaft widerspricht. [...] Das systematische Verhüllen des Gesichts in der Öffentlichkeit, dem Ideal der Brüderlichkeit widersprechend, genügt nicht den Mindestanforderungen der Rücksichtnahme, das [sic] für soziale Beziehungen notwendig ist.“ Der Staat habe die Aufgabe, „die Voraussetzungen für das Zusammenleben der Menschen in ihrer Unterschiedlichkeit zu garantieren“. „Es ist nachvollziehbar, dass ein Staat in diesem Zusammenhang den zwischenmenschlichen Beziehungen besondere Bedeutung beimisst und meint, sie würden, wenn einige Personen ihr Gesicht in der Öffentlichkeit verschleiern, beeinträchtigt werden.“²⁴²

Das Verbot sei verhältnismäßig: Wesentliche Bedeutung komme der Tatsache zu, dass sich das Gesetz nicht gegen religiöse Kleidung als solche richte, sondern allein gegen Kleidung, die das Gesicht verberge. Der staatliche Schutz der für den Pluralismus wichtigen zwischenmenschlichen Beziehungen gelte „auch für Toleranz und Geisteshaltung, ohne die es eine demokratische Gesellschaft nicht gibt. Ob das Tragen des Gesichtsschleiers in der Öffentlichkeit akzeptiert wird oder nicht, kann damit als eine Wahl der Art einer Gesellschaft angesehen werden.“²⁴³ Der weite Ermessensspielraum – auch mangels eines in Europa bestehenden Konsenses über ein allgemeines Verbot – führe insgesamt zur Verhältnismäßigkeit des Verbots angesichts des verfolgten Ziels, sodass die Einschränkung der Art. 8 und 9 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei.²⁴⁴

c) Ergebnis

Die vorstehenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte thematisieren Beschränkungen der Religionsfreiheit. Sie unterscheiden sich untereinander, indem sie Rechte und Pflichten im Rahmen dreier verschiedener Rechtsräume bestimmen: zum ersten für staatliche Einrichtungen, zum zweiten für Privatrechtsverhältnisse und zum dritten für die gesellschaftliche Öffentlichkeit.²⁴⁵ Nachstehend werden grundlegende Aussagen dieser unterschiedliche Rechtsräume betreffenden Entscheidungen umrissen, auch um Parallelen und Unterschiede zur einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich hervortreten zu lassen. Im Bereich der Religionsfreiheit entscheidet der EGMR über Fallkonstellationen, die in den Mitgliedsstaaten der EMRK aufgrund sehr unterschiedlicher Kulturen oft sehr unterschiedlich geregelt und bewertet

²⁴² A.a.O., S. 2931 Rn. 141.

²⁴³ A.a.O., S. 2932 Rn. 153.

²⁴⁴ Die abweichende Meinung von zwei Mitgliedern der großen Kammer sieht dagegen in jedem allgemeinen Verbot der Gesichtverschleierung einen Verstoß gegen Art. 8 und 9 EMRK.

²⁴⁵ Vgl. zu dieser Unterscheidung auch *Heike Mareck*, Das Kopftuchverbot in Betrieben öffentlicher und privater Arbeitgeber, jM 2017, S. 416-419.

werden. Er versucht daher grundsätzlich, eine Bandbreite möglicher Regelungen oft in der Form eines spezifisch strukturierten Beurteilungsspielraums des einzelnen Mitgliedsstaats abzustecken, jenseits dessen dann erst eine Verletzung oder eine ungerechtfertigte Beschränkung von Rechten und Freiheiten anzunehmen ist. So wird das Prinzip der staatlichen Neutralität nur zu einer leitenden Idee, nicht aber zu einem alles konkret bestimmenden normativen Raster.

(1) Das islamische Kopftuch und das Kruzifix in staatlichen Einrichtungen der Bildung und Erziehung

Der EGMR sieht in möglichen Beeinträchtigungen der Grundrechte und Freiheiten anderer eine Rechtfertigung des an Lehrkräfte gerichteten Verbots, während des Unterrichts ein islamisch konnotiertes Kopftuch zu tragen. Darin liegt eine nach Art. 9 Abs. 2 EMRK zu rechtfertigende Einschränkung der Religionsfreiheit von Lehrern. Ein Kopftuchverbot für Studentinnen wie für Professorinnen bei der Erteilung von Unterricht kann unter dem Aspekt gerechtfertigt sein, dass damit kulturell-religiöse Auseinandersetzungen an Universitäten (konkret: Druck seitens religiös-fundamentalistischer Bewegungen auf Studenten) verhindert oder eingedämmt werden. Ein grundsätzliche gesellschaftliche Meinungsbildung über den Stellenwert des Laizismus in der Türkei, das berechtigte Ziel der Wahrung des Pluralismus in der Universität und die langsame Einführung entsprechender Regelungen werden dabei positiv in Rechnung gestellt. Das für die Schülerinnen an allgemeinbildenden Schulen in Frankreich geltende Kopftuchverbot sieht der EGMR ebenfalls unter dem Aspekt des zu wahrenen Pluralismus und der Freiheit anderer als gerechtfertigt an: Das Bekenntnis religiöser Überzeugungen durch Schüler dürfe eingeschränkt werden, wenn es demonstrative Handlungen beinhalten könne, die Zwang und Ausgrenzung anderer bedeuteten. Die Gesamtheit dieser Entscheidungen zum Kopftuch in staatlichen, Bildung und Erziehung dienenden Einrichtungen bewertet somit die aus einer spezifischen, islamischen Religionskultur im jeweiligen Land potentiell und real erwachsenden Gefahren als starke Faktoren, die eine Einschränkung der Religionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 2 EMRK rechtfertigen können – unter dem Aspekt der in einer demokratischen Gesellschaft gegebenen Notwendigkeiten für die öffentliche Sicherheit, den Schutz der öffentlichen Sicherheit und für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Die Entscheidung zum Kruzifix in allgemeinbildenden Schulen Italiens hält die damit verbundenen Auswirkungen auf Schüler und Eltern für nicht in einem Ausmaß nachweisbar, dass im Sinne eines effektiven Eingriffs von einer Indoktrination zu sprechen sei. Die Beibehaltung der Kruzifixe sei dann gerechtfertigt, wenn eine Regierung darin die Aufrechterhaltung einer spezifischen kulturellen

Tradition sehe, die sich auch auf seine Verkörperung von Werten und Prinzipien als Grundlagen von Demokratie und westlicher Zivilisation beziehe. Dies gelte zumindest dann, wenn die Schulen ein für religiösen Pluralismus und andere Religionen offenes Umfeld böten.

(2) Das islamische Kopftuch in Arbeitsverhältnissen

Der EGMR hält einen Eingriff in die Religionsfreiheit von Arbeitnehmern nur dann für gerechtfertigt, wenn das Tragen religiös konnotierter Kleidungs- und Schmuckstücke nachweisbar die Interessen des Arbeitgebers, insbesondere in Form des vom Unternehmen propagierten Erscheinungs- oder Unternehmensbildes beeinträchtigt. Im Fall Eweida war die Erforderlichkeit des Nachweises von entscheidender Bedeutung, weil das Unternehmen andere – als ausdrucksstark bewertete – Kleidungsstücke zugelassen hatte. Angesichts dessen ist von keiner entscheidenden Differenz gegenüber der vorstehend referierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auszugehen, da er im Fall einer derart diskriminierenden Unterscheidung aller Voraussicht nach ebenso entschieden hätte.

(3) Hijab und Vollverschleierung in der Öffentlichkeit

Die Entscheidung geht sowohl hinsichtlich ihres Gegenstandes (statt eines die Haare bedeckenden Kopftuchs eine das Gesicht nahezu gänzlich verdeckende Bekleidung) als auch hinsichtlich der von ihr betroffenen Rechtssphäre (statt Institutionen der Bildung und Erziehung der gesamte öffentliche Raum) deutlich über alle anderen hier erörterten gerichtlichen und behördlichen Entscheidungen hinaus. Ihre Perspektiven schließen die gesamte Kultur des menschlichen Verhaltens in der Öffentlichkeit der französischen Gesellschaft samt den Bedingungen und den Möglichkeiten von Anerkennung, Gruppenbildung und gegenseitiger Wahrnehmung mit ein. Damit überschreiten sie den für die Bewertung des islamischen Kopftuchs der Lehrerin in der Schule erforderlichen, eingegrenzten rechtsdogmatischen Kreis. Die Entscheidung enthält für die im Rahmen dieses Gutachtens relevanten Probleme keine zentralen Gedankengänge, die eine Übernahme erfordern oder für die Entwicklung aussichtsreicher Lösungsansätze notwendig wären. Bemerkenswert ist aber, dass hier erstmals die grundlegenden Bedingungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu einem zentralen politischen und rechtlichen Argument werden. Fragen der Kultur in der Schule sind zwar als ein untergeordneter Aspekt gesellschaftlichen Zusammenlebens zu verstehen, unterstehen aber anderen rechtlich-normativen Regelungen. Auch deshalb sind die die Entscheidung tragenden Rechtsgedanken nicht unmittelbar auf schulische Problemfelder zu übertragen.

Ein Vergleich zwischen der vorgestellten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union

und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einerseits und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts andererseits führt zu dem Ergebnis, dass die grundlegenden rechtlichen Argumentationen der europäischen Gerichte wesentlich mit den Begründungen der Entscheidungen des Zweiten Senats in Übereinstimmung stehen. Sowohl die Wahrnehmung der in der islamischen Religionskultur angelegten Konfliktmöglichkeiten als auch die Bewertung aus ihr entstehender möglicher und aktueller Gefahren für die Rechte und Freiheiten Dritter führen dazu, dass die Gerichte Einschränkungen der Religionsfreiheit nicht zuletzt im Sinne der Schrankenregelungen des Art. 9 Abs. 2 EMRK unter präzise angegebenen Bedingungen für die jeweils gegebene gesetzliche oder rechtliche Regelung als gerechtfertigt ansehen, ohne dass dies zu einem religionsfeindlichen oder einseitig rein laizistisch gestalteten Modell von Staat, Gesellschaft und Religion sowie einer dadurch induzierten Rechtsstellung der einzelnen Bürger führt.

VI. Exkurs: Elemente und Strukturen der islamischen Religionskultur

Nachstehende Analyse von fünf Themen der islamischen Religionskultur gründet auf Tatsachen, die mit Methoden der Islamwissenschaft erhoben und bewertet werden. Hinsichtlich des aus dem Koran stammenden Bedeckungsgebotes für Frauen und der Stellung der Frauen werden jeweils zwei Arten von Tatsachen festgestellt. Erstens wird die religionsdogmatische Lehre mittels im sunnitischen und schiitischen Islam historisch über lange Zeiträume und aktuell anerkannter Quellen dargelegt. Zweitens wird an Hand großer, repräsentativer, über längere Zeiträume durchgeführter Umfragen gezeigt, dass diese religionsdogmatisch festgestellten Lehren aktuell von zahlenmäßig erheblichen muslimischen Gruppierungen vertreten werden, zu denen auch ein wesentlicher Teil der nach Deutschland zugewanderten Muslime religiös, kulturell und von ihrer nationalen Herkunft her zu rechnen ist.

Hinsichtlich des Stellenwerts sozialen – teils familiär, teils religiös und teils kulturell vermittelten – Drucks bei der Durchsetzung von religiös für zwingend und richtig gehaltener Verhaltensweisen wird für die religiösen Gebote und Grundlagen auf vorstehende Quellen zurückgegriffen. Es ist immer zu berücksichtigen, dass Aussagen über das Verhalten von Muslimen nur eine statistische Wahrscheinlichkeit besitzen und daher keine Aussage über das Verhalten muslimischer individueller Personen im konkreten Einzelfall aus ihnen abgeleitet werden darf. Ansonsten würden statistisch zutreffende Aussagen in eine Grundlage individueller Vorurteile verkehrt. Derart unter einem erheblichen Teil von Muslimen innerhalb der islamischen Kultur anzutreffendes Verhalten

wird auch unter dem Einsatz islamwissenschaftlich reflektierter Wahrnehmung islamisch geprägter Kulturen in verschiedenen Ländern und Räumen des islamischen Kulturkreises geschildert. Zur Einführung der nachstehend geschilderten Mechanismen als gesicherter Tatsachen vor deutschen Gerichten bedarf es aber insofern wohl eines islamwissenschaftlichen Fachgutachtens.

1. Das Bedeckungsgebot, das Kopftuch und die Stellung der Frau

Der Islam, sei es in Form des konservativ-orthodoxen, institutionalisierten sunnitischen oder schiitischen Mehrheitsislams oder in Form seiner radikalen oder extremistischen Strömungen (Muslimbruderschaft, Islamischer Staat, Al Qaida, schiitische Theokratie im Iran) sieht das Tragen eines islamischen Kopftuchs für Frauen als verpflichtend an. Vereinzelt gibt es Empfehlungen von Religionsgelehrten, wenn das Tragen eines Kopftuchs der Wahrnehmung des Berufs oder beruflicher Möglichkeiten schade, so dürfe das Kopftuch für diesen Zeitraum abgenommen werden. Das Tragen eines Kopftuch steht in einem sehr engen Zusammenhang mit der der Frau auf der Grundlage des Islams zugeschriebenen rechtlichen und sozialen Stellung. Diese Feststellungen gelten unbeschadet der Tatsache, dass die Stellen des Korans, die zur Begründung einer entsprechenden Pflicht herangezogen werden, verschieden (pro und kontra) gedeutet werden.²⁴⁶

Die Quelle und der Anknüpfungspunkt für alle darauf bezogenen Vorschriften und Überzeugung sind zunächst die koranischen Suren über das Erfordernis der geziemenden Bedeckung von Frauen. Für die sunnitische Religionsgelehrsamkeit maßgebliche Aussagen, die naturgemäß auch in zahlreichen Abhandlungen zu finden sind, werden im Nachfolgenden der als Online-Ausgabe verfügbaren *Kuwaitischen Enzyklopädie des islamischen Rechts* entnommen.²⁴⁷ Sie stellt zunächst die allgemein im Sunnitentum vertretenen Auffassungen und deren Grundlagen dar, um dann in der Folge Besonderheiten einzelner sunnitischer Rechtsschulen zu behandeln. Hier interessieren nur die allgemein – als für das ganze Sunnitentum geltend – getroffenen Aussagen.²⁴⁸

„(1) Weiblichkeit ist als Gegensatz zu Männlichkeit zu bestimmen. In diesem Sinne weiblich ist eine Person dann, wenn ihre fühlbaren und geistigen Weiblichkeitsmerkmale vollständig vorhanden sind. Das am siebten Tag nach der Geburt fällige Opfer beträgt für

²⁴⁶ Sure 24, 31 und Sure 33, 53/55/59. Vgl. dazu neben den oben in Anm. 90 angeführten Nachweisen: *Abdel-Hakim Ourghi*, Ihr müsst kein Kopftuch tragen, 2018, S. 84-95.

²⁴⁷ *Kuwaitische Enzyklopädie des islamischen Rechts*, Online-Ausgabe, Bd. VII, Stichwort: Weiblichkeit (unūṭa).

²⁴⁸ Nachstehend wird nur der grundlegende Gedankengang des Textes samt Belegstellen aus dem Koran wiedergegeben. Der Text gewinnt für Muslime Plausibilität durch viele eingestreute, Mohammed betreffende Überlieferungen (Hadithe). An sehr wenigen Stellen scheint die besondere arabisch-islamische Kultur durch.

Mädchen ein Schaf, für Knaben zwei Schafe. Da Frauen in der vorislamischen Heidenzeit oft kein Anteil am Nachlass eines Verstorbenen zugebilligt worden sei, verfügt der Koran, dass der Frau der halbe Anteil eines Mannes zugestanden werden müsse (Sure 4, 7). In vielen 'allgemeinen Rechten' - die Enzyklopädie bezieht sich damit nur auf das religiöse Recht - sind Männer und Frauen einander gleich, abgesehen von Einschränkungen, die sich aus der Natur der Frauen ergeben: so z.B. gleich im Recht auf Unterweisung in den Lehren des Islams. 'Wissenssuche ist ein Pflicht eines jeden Muslims', soll Mohammed gesagt haben. Dabei gelten folgende schariat-rechtliche Vorbehalte: Eine Vermischung von Jungen und Mädchen an den Unterrichtsorten muss unterbleiben; ein Mädchen darf nicht neben einem Jungen sitzen. Dies gilt auch für die Orte der Verehrung Allahs, die am besten durch eine Scheidewand voneinander zu trennen sind.

(2) Die Mädchen/Frauen dürfen von ihrem Putz (Schmuck) nur sehen lassen, was unvermeidlich ist (Sure 24, 31). Die Frauen sind fähig und gehalten, die schariat-rechtlichen Pflichten zu erfüllen, die auf ihnen wie auf den Männern lasten. In der jenseitigen Belohnung hierfür stehen Männer und Frauen einander gleich (Sure 33, 35; Sure 16, 97; Sure 3, 195). 'Die gläubigen Männer und Frauen stehen einander nahe; sie befehlen das Billigenswerte und verbieten das Tadelnswerte, halten das rituelle Gebet ein, führen die Läuterungsgabe ab und gehorchen Allah und seinem Gesandten...' (Sure 9, 71). Auch der Dschihad obliegt ihnen, wenn der Feind einfällt.²⁴⁹

(3) Die Frauen haben das Recht auf die Freiheit ihres Willens (gemeint ist: ihr Einverständnis mit ihrer Verheiratung) und auf die Äußerung ihrer (diesbezüglichen) Ansichten. Eine eheerfahrene Frau (Witwe) muß um ihre ausdrückliche Genehmigung gefragt werden, ohne die der Vollzug der Ehe nicht erlaubt ist. Eine Jungfrau ist um Erlaubnis zu fragen. Vor der Verheiratung einer Jungfrau empfiehlt es sich, deren Erlaubnis einzuholen.²⁵⁰ Im übrigen hat die Frau das Recht, die Meinung des Mannes zu teilen oder ihr zu widersprechen. Mehrere Hadithe (Mohammed zugeschriebene Traditionsstellen) sollen

²⁴⁹ Zu allen diesen Regeln gibt es für die Frauen gewisse Abweichungen, die anlässlich von Menstruation, Schwangerschaft, Geburtswehen und Stillung in besonderen Kapiteln und Stichwörtern der Enzyklopädie dargelegt werden.

²⁵⁰ Dieser enge Themenbereich ist seit Jahrhunderten bis auf den heutigen Tag unter den Gelehrten heftig umstritten: Die Anhänger der hanafitischen Rechtsschule bestehen grundsätzlich auf der Zustimmung, wobei diese auch als gegeben gilt, wenn die Frau einen Vormund mit der Ausarbeitung des Ehevertrags beauftragt. Nur die Hanafiten sind der Auffassung, hier stehe ein ureigenes Recht der Frau zur Debatte. Für Weiteres wird auf den Artikel der Enzyklopädie über „nikāḥ“ verwiesen. – Die hanafitische ist die größte der sunnitischen Rechtsschulen. Ihr Ausbreitungsgebiet umfasst insbesondere die Gebiete des früheren Osmanischen Reichs, den Indischen Subkontinent, Pakistan, Afghanistan, Bangladesch, Turkestan und Kasachstan.

dies belegen. Auch dürfen Frauen in Angelegenheiten, die sie betreffen, um Rat gefragt werden (Sure 42, 38)

(4) Frauen können wie Männer über ihr jeweiliges Vermögen verfügen. Sie haben das Recht auf Arbeit, wobei die Versorgung des Haushalts und des Ehemanns als vorrangig betrachtet wird. Von ihm hat sie nämlich ihren Unterhalt zu fordern. Ihre Arbeit im Haushalt ist der Tätigkeit der Dschihadkämpfer gleichzusetzen. Die Frau darf Handel treiben, solange sie nicht gegen die Vorschriften der Scharia und die guten Sitten verstößt. In diesem Zusammenhang ist es ihr erlaubt, das Gesicht und die Handflächen zu entblößen, um Geschäfte abzuschließen. Allerdings hängt eine derartige Tätigkeit davon ab, dass der Ehemann ihr erlaubt, das Haus zu verlassen. Betreibt sie ein Geschäft zusammen mit ihrem Ehemann, gehört der aus ihrer Tätigkeit resultierende Gewinn ihr. Der Vater darf seine Tochter zu einer Tätigkeit schicken bzw. zu einer Frau in die Lehre geben. Ihre Tätigkeit muss dabei im Einklang mit der Bewahrung der Mannesehre, der Keuschheit und der allgemeinen Ehre stehen. Die Tätigkeit darf folglich nicht eine Widersetzlichkeit gegen Allah sein, z.B. Gesang und Spiel. Sie darf der Familie keine Schande eintragen. Die Tätigkeit darf nicht so geartet sein, dass sie mit einem Fremden allein ist. Die Tätigkeit darf nicht so geartet sein, dass sie das Haus herausgeputzt verläßt.

(5) Die schariat-rechtlichen Bestimmungen, die eigens mit der Frau zu tun haben, sind von viererlei Art und betreffen erstens ihre Bindung an den Ehemann, zweitens besondere Bestimmungen beim Vollzug der Verehrung Allahs²⁵¹, drittens Bestimmungen über die Ausübung von Ämtern und viertens Bestimmungen bezüglich Straftaten.

(6) Der Islam sorgt dafür, dass die Frau das Erscheinungsbild der Frau bewahrt und sich nicht dem Manne ähnlich macht. Sie soll sich schmücken, um anziehend auf ihren Gatten zu wirken, aber nicht auf fremde Männer, was geschehen könnte, wenn sie in einem solchen herausgeputzten Zustand vor Männern einherginge (mehrfache Hinweise auf Sure 33, 33). Die Frau darf folglich keine Tätigkeiten ausüben, die die Blicke der Männer auf sie ziehen. Das bedeutet auch, dass sie das Haus nicht parfümiert verlassen darf, so daß die Männer den Wohlgeruch wahrnehmen können. Frauen haben nicht die Mitte des Weges zu benutzen, sondern sich an dessen Rand fortzubewegen. Die Frau darf sich nicht mit einem Fremden an

²⁵¹ Umstritten ist unter den Rechtsschulen, ob beim Vollzug der Pflichtriten der ganze Körper der Frau als zu bedeckende Blöße ('aura) gilt oder ob die Handflächen, die Füße und das Gesicht ausgenommen sind.

einem Ort aufhalten, den nicht jederzeit ein Dritter betreten könnte. Die verheiratete Frau darf das Haus nur mit Erlaubnis des Ehemanns verlassen. Verstößt sie gegen diese Regel, so gilt sie als widerspenstig und verliert das Recht auf Unterhalt. Der Gatte darf ihr nicht den Besuch der Eltern verweigern, insbesondere, sofern diese erkrankt sind. Auch den Besuch der Moschee und von Mahnpredigten darf er ihr nicht verbieten. Es muss aber sichergestellt sein, dass sie außer Haus für die anderen Männer keine Versuchung darstellt.

(7) Imamat und Richteramt sind den Männern vorbehalten, weil sie stärker an Körper und Verstand sind. Andere Ämter wie die Pflege fremder Kinder sind eher den Frauen anzuvertrauen. Auch die Zeugenschaft, die Vormundschaft für Waisen und die Aufsicht über Stiftungen können Frauen übertragen werden. Ausgenommen davon wird die Verwaltung des Vermögens von Waisen und die Vormundschaft über Frauen, die verheiratet werden sollen. Allgemein besteht kein Unterschied zwischen Mann und Frau beim Vollzug der Blutrache. Das Wehrgeld für eine getötete Frau ist allerdings nur halb so hoch wie für einen getöteten Mann.^{252c}

Da die Schariagelehrten sich seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert mit westlichen Auffassungen zur Stellung der Frau konfrontiert sahen, nahmen sie Hinweise auf Mohammeds angebliche Befreiung der Frauen aus der heidnischen Knechtschaft in ihre Argumentation auf: ein Echo auf die aus Europa in die islamische Welt hineingetragene Frauenfrage. Die wesentliche Antwort der Gelehrten lautet, der Islam habe seit Anbeginn eine Emanzipation der Frauen enthalten, was jenes westliche Gedankengut entbehrlich mache.

Aus dieser allgemeinen religionsdogmatischen Darlegung der Stellung der Frau im sunnitischen Islam ergibt sich eine klare Verbindung des Verhüllungsgebots mit der dominierenden Stellung des Mannes und einer entsprechend dem Mann dienenden und/oder untergeordneten Rolle der Frau.²⁵³ Diese in den islamisch geprägten Kulturen des Nahen und Mittleren Ostens sowie Nordafrikas vorherrschende, zentral religiös geprägte Auffassung der Stellung der Frau hat erkennbar zu Folge, dass ihre sunnitischen Anhänger die Gleichberechtigung von Frauen gemäß Art. 3 Abs. 2 GG ablehnen, da durch sie die von Allah durch seinen Propheten vorgeschriebene Lebensweise der

²⁵² Die für Frauen geltenden Besonderheiten bei Hinrichtungen werden an anderer Stelle der Enzyklopädie angeführt. Dazu zählt zum Beispiel ein zeitlicher Aufschub für Schwangere und für Mütter von Kleinkindern.

²⁵³ Selbst *Karl-Heinz Ladeur*, der mit guten Gründen das zweite Kopftuchurteil kritisiert, erkennt nicht diese Grundlagen des Kopftuchs in der islamischen Religionskultur. Vgl. *ders.*, a.a.O., 633: das Kopftuch als Teil einer religiösen Lebensweise und als Form einer spezifisch weiblichen, keuschen Lebensform, als Ritual, das eine geteilte Konvention und darin eine kollektive Erfahrung der Frau im Islam zur Geltung bringe.

Muslimen unmöglich gemacht wird. Entsprechende Aussagen finden sich auch in den autoritativen Aussagen und Predigten weltweit bekannter sunnitischer Religionsgelehrter wie zum Beispiel von Yusuf Al-Qaradawi aus Katar.

2. Die Verbreitung dieser Auffassungen unter Muslimen

Einen zuverlässigen Eindruck vom Denken großer Gruppen von Muslimen weltweit vermitteln die repräsentativen Erhebungen des politisch neutralen Pew Research Center. Sie finden sich in dessen „Forum on Religion & Public Life“.²⁵⁴ Nach vorangehenden kleineren Erhebungen wurden von 2008 bis 2012 38.000 repräsentative Interviews in mehr als 80 Sprachen in den Ländern Afrikas, Asiens und Europas geführt, in denen jeweils über 10 Millionen Muslime leben. Ausnahmen aus Gründen der Sicherheit und der Sensibilität betrafen China, Indien, Saudi-Arabien und Syrien. Die nachfolgenden ausgewählten Ergebnisse betreffen einerseits allgemein Fragen des Verständnisses und der Durchsetzung der Scharia als geltendes Recht und andererseits die Stellung der Frauen in Familie und Gesellschaft.

a) Verständnis und Durchsetzung der Scharia²⁵⁵

Die Scharia umfasst für alle Muslime als islamisches Recht und als religiöse Anweisung sowohl moralische als auch rechtliche Leitung für nahezu alle Aspekte des menschlichen Lebens. Sie ergibt sich aus den im Koran enthaltenen Anweisungen, die als wörtliche Offenbarungen Gottes angesehen werden, und aus den Mohammeds Verhalten betreffenden Überlieferungen, wobei die Gesamtheit dieser Mohammed zugeschriebenen Traditionen und seine Biographie die neben dem Koran verbindliche Sunna ausmachen. Islamische Religionsgelehrte widmen sich der Herausarbeitung der einzelnen normativen Gebote und Verbote. Zwar sind Ausmaß, Form und Inhalt der Bindung an den Koran und an die für Sunniten und Schiiten unterschiedliche Sunna vereinzelt in Frage gestellt worden. Die Freiheit eines historisch-kritischen Verständnisses der Schrift hat sich aber im Islam bislang kaum herausgebildet und wird ganz überwiegend verworfen.

Nur im Irak, in Tunesien und in Marokko glaubt eine Mehrheit der Muslime, die Scharia sei für unterschiedliche Interpretationen offen. Die türkischen Muslime sind in dieser Frage hälftig

²⁵⁴ *Pew Research Center – The Pew Forum on Religion & Public Life, The World's Muslims: Religion, Politics and Society, Washington April 30, 2013.*

²⁵⁵ Für die folgenden Prozentzahlen und tatsächlichen Angaben *Pew Research Center, a.a.O., S. 41-58; vgl. dazu auch Pew Research Center, The Divide Over Islam and National Laws in the Muslim World, Washington April 2016.*

gespalten. Sonst geht die Mehrheit der Muslime von nur einem einzig möglichen Verständnis der Scharia aus. Die Frage, ob die Scharia zum geltenden Recht ihres Staates erhoben werden soll, beantwortet die absolute Mehrheit aller befragten Muslime positiv. Nur in Zentralasien und Südosteuropa – darunter in Russland und in der Türkei – sowie im Libanon, im Tschad, in Guinea-Bissau und in Tansania spricht sich eine Mehrheit dagegen aus. Diese Mehrheit umfasst nur in der Türkei und in wenigen kleineren Ländern 80 - 90 % der dort lebenden Muslime. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser für die Türkei bis 2013 erhobene Prozentsatz unter der Regierung von Erdogan und der AKP verkleinert.

b) Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft

In fast allen untersuchten Ländern sagt eine Mehrheit der repräsentativ befragten Muslime, dass eine Frau immer ihrem Ehemann gehorchen solle (Türkei: 65 %; Afghanistan: 94 %; Pakistan 88 %; Tunesien 93 %; Marokko und Irak: 92 %; Palästinensische Gebiete: 87 %; Ägypten: 85 %; Jordanien: 80 %; Libanon: 74 %).²⁵⁶ Zwischen 10 % und 15 % (Türkei, Tunesien und Marokko) und 39 % bis 55 % (Libanon, Palästinensische Gebiete, Ägypten, Jordanien und Irak) aller Muslime sind der Auffassung, dass Frauen nicht frei entscheiden dürfen, ob sie bei einem Auftreten in der Öffentlichkeit ein Kopftuch oder eine sonstige Bedeckung tragen.²⁵⁷ Nur in Ländern mit einem nach westlichen Vorbildern reformierten Familienrecht (Türkei, Tunesien und Marokko) spricht eine Mehrheit der Muslime (zwischen 85 % und 73 %) sich für das Recht der Ehefrau aus, sich vom Mann scheiden zu lassen. In den Palästinensischen Gebieten, in Ägypten, Jordanien und im Irak sprechen sich zwischen 67 % und 86 % der Befragten dagegen aus.²⁵⁸ In Afghanistan, in den Palästinensischen Gebieten, in Ägypten und Jordanien, im Irak, in Marokko und Tunesien sprechen sich zwischen 57 % und 85 % gegen gleiche Erbrechte für Söhne und Töchter aus.²⁵⁹ Von Muslimen, die das schariatische Recht des Islams zum geltenden Recht ihres Landes machen wollen, plädiert ein deutlich höherer Prozentsatz für die Gehorsamspflicht der Ehefrau, gegen ein Recht der Frau auf Scheidung und gegen ihr Recht, frei über Kopftuch und Verhüllung entscheiden zu können.²⁶⁰

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

²⁵⁶ A.a.O., S. 93.

²⁵⁷ A.a.O., S. 92.

²⁵⁸ A.a.O., S. 94.

²⁵⁹ A.a.O., S. 95.

²⁶⁰ A.a.O., S. 99.

Integration Entsprechungen zur religiösen Praxis sowie zur Orientierung an religiös-islamischen orthodox-konservativen, fundamentalistischen bis islamistischen Anschauungen festgestellt. Unabhängig von der Herkunft (Türkei, Naher und Mittlerer Osten, Nordafrika) findet sich unter den Muslimen regelmäßig ein Personenanteil von zwischen 30 % und 50 %, der sich selbst als streng praktizierend bezeichnet, religiöse Pflichten und Riten des Islams einhält (Zahl der Gebete zu den vorgeschriebenen Zeiten, Fasten im Ramadan und Zahlung der Abgabe) und einer freiheitlich wie westlich geprägten politischen Kultur entsprechend der zunehmenden religiösen Ausrichtung sehr skeptisch bis ablehnend gegenübersteht. Die Zahl der sich für eine traditionell-konservative, dem sunnitischen Islam entstammende Rolle der Frau aussprechenden Muslime korrespondiert der Zugehörigkeit zu diesen Milieus einer stark islamisch-religiös geprägten, von konservativ-orthodox über fundamental bis hin zu islamistisch-extremistisch reichenden Kultur.²⁶¹

3. Der Stellenwert von kulturell-sozialem Druck in der islamischen Religionskultur

Generell unterscheidet sich das religionsbezogene Verhalten einer sehr großen Mehrheit der Muslime in erheblichem Maße von dem religionsbezogenen Verhalten der Angehörigen anderer Religionen, seien das zum Beispiel Christen, Juden oder Buddhisten. Dieser Unterschied betrifft den aktiven Einsatz nicht nur für die Ausbreitung der Religion, sondern insbesondere für die tägliche Einhaltung der islamischen Pflichten, Gebote und Verhaltensweisen unter Muslimen selbst. Zahlreiche Stellen im Koran enthalten die zentrale Aufforderung an Muslime, das Billigswerte zu befehlen und das Tadelnswerte zu verbieten („al-amr bil-ma‘rūf“) – so z.B. Sure 3, 104.²⁶² Gemeinsam mit der im Koran enthaltenen Feststellung, dass die Gemeinschaft der Muslime die beste Gemeinschaft auf Erden sei und dass der Koran sowie das Leben des Propheten die abschließende und vollständige Regelung aller für den Gläubigen und seine Gemeinschaft entscheidenden und wesentlichen Dinge enthalte, entfaltet diese zentrale Aufforderung eine hervorragende kulturelle und religiöse Bedeutung sowie Wirkung im Leben von Muslimen.

Die bereits angeführte *Kuwaitische Enzyklopädie des Islamischen Rechts* widmet dem „al-amr bil-

²⁶¹ *Katrin Brettfeld/Peter Wetzels*, *Muslimen in Deutschland – Integration, Integrationsbarrieren, Religion sowie Einstellungen zu Demokratie, Rechtsstaat und politisch-religiös motivierter Gewalt – Ergebnisse von Befragungen im Rahmen einer multizentrischen Studie in städtischen Lebensräumen, Texte zur inneren Sicherheit* hg. v. Bundesministerium des Innern, Hamburg 2007, S. 109-140, 140-175. Diesen Untersuchungen entsprechen Erhebungen von *Ruud Koopmans*, *Assimilation oder Multikulturalismus. Bedingungen gelungener Integration*, Münster 2017, S. 43-58.

²⁶² Vgl. zur Geschichte der Interpretationen und Verständnisse dieses Gebots *Michael Cook*, *Commanding Right and Forbidding Wrong in Islamic Thought*, Cambridge 2000, S. 505-560 (für aktuelle Entwicklungen).

ma‘rūf“, dem Befehlen des Billigenswerten und dem Verbieten des Tadelnswerten, einen großen Artikel, der – hier auf seine wesentlichen Grundaussagen gekürzt und zusammengefasst – einschlägig ist.²⁶³

„Als Terminus der Rechtsgelehrten bedeutet dieser Begriff den Befehl, Mohammed und der Daseinsordnung/Religion zu folgen, die er von Allah überbracht hat. 'ma‘rūf' nennt man jede Handlung, die als schön angesehen wird und die die Leute des Glaubens nicht als hässlich ansehen. In der Terminologie der Rechtsgelehrten meint das Hässliche jedes Wort und jede Handlung, mit der Allah nicht einverstanden ist. 'ma‘rūf' ist das, was der Verstand billigt, die Scharia bekräftigt und was dem edlen Naturell entspricht.“²⁶⁴

Das Befehlen des Billigenswerten ist eine schariat-rechtliche Belastung: Es wird nach Ansicht der Gelehrten in die Kategorie 'Pflicht' eingeordnet. Der Koran (Sure 3, 104), viele Hadithe und die allgemeine Übereinstimmung der Religionsgelehrten bezeugen den Pflichtcharakter. Der Prophet sagte: 'Wer etwas Tadelnswertes sieht, soll es mit der Hand ändern, wenn das nicht geht, dann mit Worten, wenn das nicht geht, dann mit dem Herzen, und dies ist die schwächste Stufe des Glaubens.' Umstritten ist allerdings, ob das Befehlen des Billigenswerten und das Verbieten des Tadelnswerten als Individualpflicht (jedem Muslim obliegend), als Pflicht der hinreichenden Anzahl oder als freiwillige religiöse Leistung einzuordnen ist oder ob es in die schariat-rechtliche Kategorie des jeweils Befohlenen bzw. Verbotenen fällt. Es ist Pflicht der hinreichenden Anzahl nach der Meinung der meisten sunnitischen Religionsgelehrten. Individualpflicht ist es für den Muslim, der als einziger von dem Übelstand weiß, ferner für den Ehemann, wenn er Verbotenes von seiner Frau und seinen Kindern sieht.

Die das Befehlen notwendig konstituierenden Elemente sind erstens das Befehlen (Verbieten), zweitens die Sache, auf das es sich erstreckt, drittens die formgerechte Äußerung des Befehls/Verbots und viertens derjenige, an den es sich richtet.

(1) Jemand, der nicht vollgültig mit dem Einhalten der Scharia belastet ist, ist nicht zum Befehlen verpflichtet. Der Befehlende muss islamischen Glaubens sein. Ferner muss er

²⁶³ *Kuwaitische Enzyklopädie des islamischen Rechts*, Online-Ausgabe, Bd. VI, Stichwort: al-amr bil-ma‘rūf, S. 215–220.

²⁶⁴ Der Begriff bezieht sich auf die Säuberung des öffentlichen Raumes im islamischen Sinn: Ein indischer Gelehrter des 18. Jahrhunderts nennt als Beispiele das Vergießen des Weins, das Zerschlagen der Musikinstrumente, die Ausbesserung der Straßen. Deshalb kommt das Befehlen des Billigenswerten und das Verbieten des Tadelnswerten dem guten Zureden und dem Anleiten (zu einer islamischen Lebensform) nahe.

unbescholten sein, ein Gesichtspunkt, der nach einigen Gelehrten auch vernachlässigt werden kann, denn anderenfalls wäre fast niemand gehalten, zu befehlen und zu verbieten.

(2) Das Befohlene/Verbotene muß gemäss der Scharia befohlen/verboten sein und es muss offen sichtbar sein; es geht nicht an, es auszuspionieren.

(3) Derjenige, an den es sich richtet, muss mit der Scharia belastet sein (kein Kleinkind, kein Geistesgestörter). Man soll es zuerst mit Güte versuchen. Am wirksamsten geschieht es freilich mit der Hand: Die Geräte, mit denen das Verbotene betrieben wird, sind zu zerstören. Führt dies zum Ziehen von Waffen, muss die Staatsautorität die Sache an sich ziehen. Die Bekämpfung derjenigen, die im Verbotenen verharren, ist Pflicht. Das Verbieten mit der Hand oder mit der Zunge (durch Dritte) enthebt einen nicht der Pflicht, es mit dem Herzen zu verbieten, denn es geht um die Tilgung von Widersetzlichkeiten gegen Allah.“

Dieser zentralen Aufforderung des „al-amr bil-ma‘rūf“ an die Seite zu stellen ist in der religiösen Sprache des Islams der Begriff „da‘wa“. Er kann die Gemeinschaft bezeichnen, die den von Mohammed erhobenen Ruf zu Gott gehört hat und sich infolgedessen als die dadurch zum richtigen Weg – der Scharia – verbundene Gemeinschaft versteht, aber auch die Verpflichtung sowohl der muslimischen Gemeinschaft als auch jedes einzelnen Muslims, die Gebote und Gehalte der islamischen Religion durchzusetzen und zu propagieren. Auf diese Weise verpflichtet die da‘wa jeden Muslim, die Gemeinschaft insgesamt und jeden Einzelnen auf das Einhalten des richtigen Weges hinzuweisen und auf seine Verwirklichung aktiv hinzuarbeiten.²⁶⁵

Die als autoritative Zusammenfassung der im sunnitischen Islam allgemein anerkannten Lehren anzusehende *Kuwaitische Enzyklopädie des Islamischen Rechts* erläutert (hier: abgekürzt und zusammengefasst) den Begriff da‘wa (Ruf zum Islam) wie folgt:²⁶⁶

„Das Wort da‘wa (von da‘ā = rufen) ist schariat-rechtlich bedeutsam vor allem im Sinn der Aufforderung, in die islamische Daseinsordnung einzutreten und an ihr festzuhalten. Hiermit eng verwandt ist die Bedeutung Daseinsordnung, Rechtsschule, religiöse Lehre, denn wer einer solchen angehört, fordert andere auf, ihm zu folgen. Insbesondere umfaßt die da‘wa die an die Ungläubigen gerichtete Aufforderung, die islamische Glaubensbezeugung auszusprechen. da‘wa kann auch eine falsche Daseinsordnung bezeichnen. Im schariat-

²⁶⁵ Vgl. dazu M. Canard, Stichwort: da‘wa, in: B. Lewis/Ch. Pellat/J. Schacht (Hg.), *The Encyclopedia of Islam*. New Edition, Vol. II, Leiden/London 1965, S. 168.

²⁶⁶ *Kuwaitische Enzyklopädie des islamischen Rechts*, Online-Ausgabe, Bd. XX, Stichwort: da‘wa, Bd. XX, S. 239–258.

rechtlichen Zusammenhang ist aber stets die richtige, die islamische gemeint.

Die da‘wa ist die höchste Art des Befehlens, weil zum höchsten Billigenswerten, zum Islam, aufgefordert wird und das Schlimmste verboten wird, der Unglaube. Die da‘wa zielt auf die Überzeugung der Herzen der Gerufenen, um sie dahingehend zu beeinflussen, dass sie sich von ihrer Widerspenstigkeit und Verstocktheit abwenden und zur Folgeleistung entschließen. Das Befehlen des Billigenswerten und das Verbieten des Tadelnswerten kann auch dieses Ziel haben, zielt aber meistens auf die Behebung eines bestimmten Übelstandes; da‘wa hat demnach eine speziellere Bedeutung als das Befehlen. Auch Mahnpredigten, die auf die Jenseitsfolgen verweisen, sind als da‘wa zu bezeichnen. Im Gegensatz zu Predigten umfasst die da‘wa auch Diskussionen, die Behebung von Zweifeln, die Darlegung der wahren Daseinsordnung. Die schariat-rechtliche Bewertung der da‘wa führt zum Ergebnis, dass sie eine zwingend gebotene Pflicht (Sure 16, 125) und ein kennzeichnendes Merkmal der islamischen ummah²⁶⁷ (Sure 3, 104) ist.

Die Vortrefflichkeit der da‘wa ergibt sich daraus, daß Allah selber sie übernahm, indem er Gesandte berief (Sure 10, 25), die die da‘wa auf der Erde durchführten (Sure 16, 36), damit die Menschen sich danach nicht mit Unwissenheit bezüglich Allahs und seiner Gesetze herausreden können (Sure 4, 165). Mohammed ist der letzte Prophet (Sure 33, 46). Die Pflicht der da‘wa ist daher äußerst ehrenvoll. Sie zu erfüllen heißt, die höchste Stufe menschlichen Redens zu erklimmen (Sure 41, 33). Mit dieser Fähigkeit ist allein die islamische ummah ausgezeichnet (Sure 3, 110); ihr ist Glückseligkeit verheißen. Der Prophet versprach denen, die zur Rechtleitung aufrufen, gleich hohen Lohn, wie ihn alle diejenigen zusammen erhalten würden, die dem Ruf folgen.

Was sind die Ziele der da‘wa und was ist die Weisheit, die in ihrer Schariagemäßheit liegt? Sie zielt auf die Unterweisung der Menschheit, die auf diese Weise ihren Herrn kennenlernt. Sie würde sonst im Irrtum verharren (Sure 14, 1). Die da‘wa bewahrt die Menschheit vor dem Untergang, dem sie verfallen würde, wenn sie sich auf ihren eigenen Verstand verlassen müßte (Sure 8, 24). So wird der Zweck erfüllt, zu dem Allah das Diesseits fortwährend schafft, nämlich um angebetet zu werden (Sure 51, 56). Die Geschöpfe können sich diesbezüglich nun nicht auf Unkenntnis herausreden und sind folglich gezwungen, dem göttlichen Gesetz zu folgen. So wird die Barmherzigkeit verwirklicht, die im Aussenden der

²⁶⁷ „Ummah“ ist die Gemeinschaft aller Muslime.

Gesandten besteht. Was nun die da‘wa unter Muslimen betrifft, so soll sie Missstände innerhalb ihrer Gesellschaft beheben und die Muslime in ihrem Glauben festigen (Sure 8, 25).

Wer ist mit der Pflicht zur da‘wa belastet? Zuallererst ist es der Imam (als Oberhaupt des islamischen Gemeinwesens). Denn dieses Amt ist für die Bewahrung und Ausbreitung der islamischen Daseinsordnung zuständig (einschließlich Dschihad), z.B. durch die Organisierung der islamischen Riten (Sure 22, 40 f.). Die da‘wa obliegt jedoch jedem Muslim, sei es als Individualpflicht, sei es als Pflicht der hinreichenden Anzahl. Der Muslim ruft zum Glauben an Allah und zur Erfüllung der wesentlichen Glaubenspflichten auf. Der Rufer muss Muslim sein, mit der Scharia belastet, bei Verstand und wissend, unbescholten und volljährig. Es ist unbestritten, dass die Frau genau wie der Mann zur Erfüllung der da‘wa verpflichtet ist. Der Charakter des Rufers muß dem Inhalt des Rufs entsprechen. Die Methoden der da‘wa sind vielfältig wie die Umstände, unter denen sie durchgeführt wird, desgleichen sind die Mittel vielfältig.“

Diese sowohl im Koran enthaltenen als auch durch Prophetentraditionen gestärkten Aussagen werden in der religiösen Kultur des Islam als Anweisungen dazu begriffen, als richtig bewertetes Verhalten zu fordern und durchzusetzen. Das betrifft insbesondere die Familienstrukturen auf der Grundlage der vorstehend beschriebenen Rollen von Mann und Frau. An deren Aufrechterhaltung knüpfen die (patriarchalischen) Ehrenvorstellungen über Ehre der Familie an. Die Verantwortung hierfür ist der männlichen Seite übertragen. Daraus folgt eine in den meisten Ländern des Nahen und des Mittleren Ostens wie Nordafrikas festzustellende „herrschende“ oder „ordnende“ Stellung des Mannes. Sie zeigt sich in vielen kulturellen Besonderheiten, die – falls wahrgenommen – für in einer westlich geprägten Kultur aufgewachsene Personen sehr verwirrend sein können. Diese vom Islam geprägte Kultur halten zumindest 30 % bis 50 % der muslimischen Familien aufrecht und geben sie weiter. Das gilt für einen großen Teil der in Deutschland lebenden Muslime, sofern sie aus diesen Ländern stammen.

Für eine männliche muslimische Person, aber auch für in dieser Kultur verwurzelte Mädchen und Frauen erscheint es als selbstverständliche Pflicht, sich für ein als islamisch korrekt angesehenes Verhalten einzusetzen und dies den Mädchen und den Frauen gegenüber durchzusetzen, die diese als verpflichtend angesehenen Regeln nicht einhalten.

4. Islamische Religionskultur in Schule und Klassenzimmer

Befinden sich in einer Schulklasse mehr als 30 % muslimische Schülerinnen und Schüler, so ist unter den umrissenen Bedingungen davon auszugehen, dass in aller Regel mindestens ein Drittel von ihnen der hier dargelegten islamisch geprägten Religionskultur tief verhaftet ist. Sie wird von ihnen als maßstabsetzend und im Sinne der Selbstbestätigung als guter Muslim und Teil der besten Gemeinschaft im islamischen Sinn als zu verteidigend und aufrecht zu erhaltend angesehen werden. In den Augen dieser der muslimischen Kultur verhafteten Jugendlichen stellt die Nichteinhaltung der von ihnen als verpflichtend angesehenen Gebote durch Angehörige der islamischen Religion den Islam in Frage und wird manchmal sogar als Angriff auf die Religion und die sie tragende Gemeinschaft aller Muslime gewertet. Schon selbstbewusstes Auftreten der abweichenden Person kann dazu führen. Kulturelle Bedingungen dieser Art sind in mindestens einem Drittel aller Berliner Schulen gegeben. Das ergibt sich aus den Anteilen muslimischer Bevölkerung in den einzelnen Bezirken unter Berücksichtigung der im Durchschnitt hohen Zahl von Kindern in diesen Familien.

Berichte über derart religionsinduzierte Konflikte unter muslimischen Schülerinnen und Schülern wie auch mit Schülern anderer Religionszugehörigkeit, obwohl zum schulischen Alltag gehörend, kommen aus mehreren Gründen selten in die Öffentlichkeit. Erstens gibt es insofern noch kein systematisches Monitoring, wobei auch der wohlfeile Vorwurf von Vorurteilen über Muslime und Islam eine abschreckende Rolle spielen mag. Zweitens wurden schulische Konflikte und ihre Bewältigung zu lange rein als Aufgabe der Lehrer, der Schulkollegien und der Schulen angesehen, sodass bei einem Fortbestehen von Konflikten Furcht vor dem Vorwurf des Versagens entstehen konnte. Über einen langen Zeitraum bestand daher kein hohes Interesse an der Aufklärung der eine große Anzahl von Schulen prägenden kulturell-religiösen Konflikte. Daher fanden sich bis etwa 2015 nur selten Berichte in den öffentlichen Medien. Dies hat sich auch durch die Auswirkungen der seit 2015 gestiegenen Zuwanderung im Grundsatz geändert.

In den allgemeinbildenden Schulen Berlins von der Grundschule bis zum Gymnasium werden etwa ein Drittel Schüler mit ausländischer Herkunft oder Abstammung unterrichtet (circa 130.000 von insgesamt 320.000). Statistisch sind zur Zeit wohl keine präziseren Zahlen zu gewinnen. Auf dieser Grundlage scheint aber eine Schätzung als wohlbegründet, dass mindestens 70 % bis 80 % dieser Schüler Muslime sind. In der Folge wird – konservativ geschätzt – mindestens von einem Anteil eines Viertels muslimischer Schüler in den allgemeinbildenden Schulen Berlins auszugehen sein. Es ist selbstverständlich, dass in einzelnen Bezirken (Neukölln oder Wedding) der Anteil 70-80 %

übersteigen wird.

Einige mir von der Berliner Schulverwaltung zur Verfügung gestellte Berichte von Schulleitern bestätigen die Existenz zahlreicher aus der islamischen Religionskultur entspringender Konflikte an Berliner Schulen. Dieses Phänomen dürfte mit Sicherheit in der überwiegenden Mehrzahl der Klassen gegeben sein, in denen muslimische Schüler einen zahlenmäßigen Anteil von einem Drittel oder mehr ausmachen. Insgesamt dürften so – wiederum eher konservativ geschätzt – im Grundsatz zwischen einem Drittel bis zur Hälfte aller Schulen in Berlin teils schwerwiegende und heftige kulturelle Konflikte im schulischen Alltag aufweisen, deren Gründe auf eine islamisch geprägte Religionskultur verweisen.

Diese Konflikte sind – abgesehen von den mir von der Schulverwaltung vorgelegten Berichten – in nur wenigen Zeitungsartikeln sowie in einem von der ARD ausgestrahlten Bericht über eine Schule in Nordrhein-Westfalen (2016 oder 2017) eingehender beschrieben worden. Eine große Ausnahme bildet insofern der 2018 erschienene Bericht einer sozialdemokratisch orientierten Lehrerin aus Wien: „Kulturkampf im Klassenzimmer – Wie der Islam die Schulen verändert“.²⁶⁸ In einem mit „Kleidungspolizei“ überschriebenen Abschnitt schildert die Verfasserin die Umstände des Kopftuchtragens und der Kleidungswahl unter muslimischen Schülerinnen: „Wer kein Kopftuch trägt, gilt in den Augen vieler muslimischer Jugendlicher als Schlampe. Mit Kopftuch sind sie aus dem Schneider. Oft bezeichnen strenggläubige Mütter die Töchter anderer Familien, die noch kein Kopftuch tragen, als unrein und billig.“²⁶⁹ „Für sehr viele meiner Schülerinnen ist es [das Kopftuch] kein Ausdruck von religiöser Freiheit, sondern das Resultat von Druck und Zwang, ausgeübt durch die eigene Familie, das Umfeld und durch männliche Mitschüler. [...] Immer wieder habe ich beobachtet, wie Jugendliche sich verändern, sobald sie ein Kopftuch tragen. [...] Sobald die Mädchen in der Schule ein Kopftuch tragen, werden sie introvertierter, ruhiger und schüchterner. Die einst freudvollen, lebendigen und aufgeschlossenen Mädchen verschwinden. Das Kopftuch erstickt das Selbstbewusstsein des Kindes.“²⁷⁰ Diese Beobachtungen vervollständigen die vorliegenden wenigen Berichte aus einigen Berliner Schulen und zeichnen ein hinreichend klares Bild der Auswirkungen einer stark islamisch geprägten Religionskultur im schulischen Alltagsleben. Innerislamische Konflikte um das Kopftuch führen in einer sehr großen Anzahl von Fällen dazu, dass Mädchen in ihrer Wahlfreiheit beeinträchtigt werden und dass sie im Fall von

²⁶⁸ *Susanne Wiesinger/Jan Thies*, Kulturkampf im Klassenzimmer. Wie der Islam die Schulen verändert. Bericht einer Lehrerin, Wien 2018.

²⁶⁹ A.a.O., S. 64.

²⁷⁰ A.a.O., S. 65f.

abweichenden Ansichten ihrerseits unter starken Druck gesetzt werden. Das kann sich bis hin zu Repressalien erstrecken.²⁷¹ Ohne Unterstützung werden sie häufig diesem Druck unterliegen. Dies kann zu Lernstörungen, zum persönlichen Rückzug und zur Kapitulation gegenüber den in den Teilen 1. und 2. dieses Abschnitts beschriebenen Forderungen der islamischen Religionskultur führen.

Der Titel des erwähnten Buchs der „Kulturkampf im Klassenzimmer“ verweist zudem auf ein weiteres Phänomen der islamischen Religionskultur, ohne es allerdings deutlich anzusprechen: Dieses Phänomen ist das in dieser Kultur verankerte Ziel einer Islamisierung des öffentlichen – gesellschaftlichen wie staatlichen – Raums. Eine Islamisierung des öffentlichen Raumes zielt auf die Manifestation islamisch korrekten Verhaltens in der Öffentlichkeit als vorbildlich wie auch auf eine Kontrolle als korrekt angesehenen Verhaltens muslimischer Personen in der Öffentlichkeit. Die Islamisierung durch die private da‘wa ist daher ein wichtiges Thema in sehr vielen Schriften des im 20. Jahrhundert in Pakistan wirkenden islamischen Religionsgelehrten Maududi. Sie zielt für ihn zunächst auf die Okkupierung des öffentlichen Raumes.²⁷² Dieses Phänomen ist dem westlichen Verständnis von Religion, das regelmäßig eine Trennung von Religion, Gesellschaft, Staat und Recht voraussetzt, zwar völlig fremd, muss aber immer in Betracht gezogen werden, wenn es um die islamische Religionskultur geht.

5. Das Kopftuch der Lehrerin in der Schule als Phänomen der islamischen Religionskultur

Die vorstehend – empirisch-sozialwissenschaftlich, religionsdogmatisch, islamwissenschaftlich und kulturell – umrissene Lage zeigt, dass zahlreiche aus der islamischen Religionskultur entspringende Konflikte den Schulalltag an einem großen Teil (konservativ geschätzt 25 bis 50 %) der Berliner allgemeinbildenden Schulen prägen. Unter diesen Umständen bildet das Tragen eines Kopftuchs durch eine muslimische Lehrkraft einen weiteren schwerwiegenden Faktor für die Entstehung und Verschärfung religiös-kultureller Konflikte. Es erzeugt oder verschärft insbesondere zwei Arten von Konflikten: Erstens führt es zu erheblichen Schwierigkeiten bei Schülerinnen, die sich angesichts der an sie von anderen Personen (Eltern, Verwandte, Mitschülerinnen und Mitschüler) gerichteten, islamisch begründeten Ansprüche entscheiden müssen, ob sie das Kopftuch tragen wollen. Das

²⁷¹ Für ein frühes und sehr aussagekräftiges Bild dieser stark das Land Berlin betreffenden Kultur religionsbezogener Konflikte an Schulen vgl. OVG Berlin, Urt. v. 27.05.2010 – Az.: 3 B 20.09 –, juris.

²⁷² Vgl. dazu *Tilman Nagel*, Die erdrückende Last des ewig Gültigen. Der sunnitische Islam in dreißig Porträtskizzen, Bd. 2, Berlin 2018, Kapitel XXVIII, S. 1100-1131.

kann bis zu ernsthaften persönlichen Störungen und zu hohen Belastungen des schulischen Alltags und Lernens führen. Zweitens beeinflusst ein solches Auftreten schulische Lernprozesse, die soziale Kommunikation und die Kultur im Klassenzimmer negativ: Es fördert die Bildung miteinander im Konflikt stehender religiös-kultureller Gruppen oder verstärkt sie. Im Extremfall kommt es zu organisiertem Mobbing gegenüber sich nicht konform verhaltenden Schülerinnen. Ein drittes Problem besteht darin, dass ein Teil der konservativ-orthodox, fundamentalistisch oder islamistisch orientierten Muslime eine Lehrerin mit Kopftuch als kulturell ihresgleichen einordnet und ihr gegenüber entsprechende religiös-kulturelle Ansprüche erheben wird, zum Beispiel sich für ein islamisch als korrekt angesehenes, aber mit einer neutralen Schulpolitik unvereinbares Verhalten einzusetzen oder auch „nur“ ein entsprechendes Verständnis zu zeigen.

Damit ist das Tragen eines Kopftuchs seitens einer muslimischen Lehrkraft in einer sehr großen Zahl der Schulen im Land Berlin nicht nur ein geeigneter, sondern sogar ein vorhersehbarer kausaler Faktor dafür, dass der Schulfrieden gestört wird, indem religiös-kulturelle Konflikte gefördert, verstärkt oder sogar verursacht werden und Lernprozesse von Schülerinnen und Schülern durch religiös-kulturelle Konflikte erheblich beeinträchtigt werden. Derartige Störungen des Schulfriedens beinhalten immer einen Verstoß gegen die Pflicht des Staates zur Durchführung des ihm in Gestalt seiner Beamten und Angestellten obliegenden Erziehungsauftrages in weltanschaulich-religiöser Neutralität. Ob darin ein Verstoß gegen die negative Religionsfreiheit der Schüler und Schülerinnen und das elterliche Erziehungsrecht liegt, bleibt der Beurteilung im Rahmen der abschließenden Rechtsüberlegungen vorbehalten.

VII. Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 Berliner Neutralitätsgesetz mit dem Grundgesetz

Die in Frage stehenden Normen (§§ 2 und 3 Berliner Neutralitätsgesetz) sind mit dem Grundgesetz vereinbar.

1. Das Tragen des Kopftuchs als grundrechtlich geschütztes Handeln

Grundsätzlich steht Lehr- und Erziehungskräften, die ein islamisch konnotiertes Kopftuch auch bei der Erfüllung ihrer Dienstpflichten tragen wollen und damit ihre Religionszugehörigkeit bekunden, der Schutz der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu. Ein Schutz

weiterer Grundrechte für dieses Handeln wird zwar von Teilen der Rechtsprechung für möglich erachtet (Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Freiheit der Kleidungswahl nach Art. 2 Abs. 1 GG, Schutz vor religions- und geschlechtsbezogener Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, Freiheit der Berufswahl nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, Garantie des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 Abs. 2 und 3 GG sowie nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 2 WRV), führt aber rechtlich zu keinem weitergehenden Schutz.

2. Die Dienstpflichten zu Zurückhaltung, amtsangemessener Neutralität und Mäßigung

Als Angehörige des öffentlichen Dienstes unterliegen Beamte und Angestellte im Rahmen der von ihnen eingegangenen, rechtlich geregelten Dienstverhältnisse amts- und dienstspezifischen Pflichten. Zu ihnen zählen auch eine amtsangemessene Neutralität sowie das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot. Jedoch haben die Pflichten nicht zur Folge, dass (unter anderen) die vorgenannten Grundrechte ihnen gegenüber in jedem Fall zurücktreten müssen. Vielmehr bedarf nach ständiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung gerade die Einschränkung der Religionsfreiheit unter dem Aspekt des Konflikts mit anderen Verfassungsgütern – angesichts der Wesentlichkeitstheorie und den ihr entsprechenden Gesetzesvorbehalten – einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage.

3. Das schulische Amt als Quelle dienstlicher Pflichten von Lehrkräften

Daraus ergibt sich für Schulverhältnisse, nämlich für den Alltag in Schule und Klassenzimmer, wie aber zum Beispiel auch für Erziehungsverhältnisse in Kindertagesstätten, eine bislang selten gesehene oder angedeutete Konsequenz: Wirkung und Folgen religiöser und weltanschaulicher Bekundungen müssen im Hinblick auf die schulische Kultur, auf die Bedingungen von Lernen und Lernprozessen der Schülerinnen und Schüler, aber auch im Hinblick auf möglicherweise unter den Schülerinnen und Schülern bestehende kulturelle Verhältnisse, sofern letztere für den schulischen Auftrag relevant sind, umfassend analysiert und bewertet werden. Denn Inhalt und Reichweite dienstlicher Pflichten sind nur rechtlich angemessen zu konkretisieren und zu bestimmen, wenn die pädagogischen Aufgaben und die aus ihnen für die Lehrkräfte resultierenden Anforderungen, denen ja ein erheblicher Teil der Pflichten erst entspringt, präzise erfasst werden.

4. Dienstliche Pflichten als Schranken von Grundrechten?

Die nächste Schwierigkeit besteht darin, dass die so bestimmten Pflichten per se noch nicht als verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter zu qualifizieren sind, die geeignet sind, grundrechtlich geschützte Rechtspositionen von Lehr- und Erziehungskräften zu begrenzen: als Verkörperungen diesen gegenüberstehender grundrechtlich geschützter individueller Rechte oder gemeinschaftlicher Verfassungsrechtsgüter. Das ist beim schulischen Amt erst der Fall, wenn diese Pflichten selbst als ein wesentlicher Teil des staatlichen Erziehungsauftrages zu qualifizieren sind oder wenn sie dem den staatlichen Erziehungsauftrag begleitenden Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität des Staates zuzuordnen sind.

5. Erforderlichkeit und Gehalt einer landesgesetzlichen Regelung

Als verfassungsrechtliches Zwischenergebnis ist festzuhalten: Sachlich notwendig bedarf es für eine Begrenzung der von Glaubens- und Bekenntnisfreiheit geschützten Bekundung weltanschaulich-religiöser Positionen und Zugehörigkeiten durch Lehr- und Erziehungskräfte in der Schule einer landesgesetzlichen Regelung. Ein solches Gesetz muss selbst zum Schutz verfassungsrechtlich gewährleisteter grundrechtlicher Positionen Einzelner oder grundgesetzlich geschützter Rechtsgüter der Allgemeinheit ergehen und unter diesem Aspekt gerechtfertigt sein.

6. Der Umfang des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages

Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag ist ein Teil der in Art. 7 Abs 1 GG statuierten Schulaufsicht des Staates, da diese nicht auf die äußere Organisation des Schulwesens beschränkt ist.²⁷³ Er umfasst nicht nur die Vermittlung von Wissensstoff, sondern auch das Ziel, den einzelnen Schüler und die einzelne Schülerin zum selbstverantwortlichen Mitglied der Gesellschaft heranzubilden.²⁷⁴ Mit gutem Grund wird der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag umfassend bestimmt: Die Schule hat „eine Integrationsaufgabe zu erfüllen, indem sie die Grundanforderungen des sozialen und politischen Zusammenlebens zur Geltung bringt“.²⁷⁵ §§ 1ff. Berliner Schulgesetz

²⁷³ Hermann Avenarius, *Schulrecht*, 8. Aufl. 2010, S. 109 m.w.Nachw.

²⁷⁴ BVerfGE 47, 46 (71f.).

²⁷⁵ Hermann Avenarius, a.a.O., S. 109; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates*, in: Joseph Krautscheidt/Heiner Marré (Hg.), *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Bd. 14, Münster 1980, S. 84; Matthias Jestaedt, *Schule und außerschulische Erziehung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof

enthalten dementsprechend folgende Grundsätze, die sowohl für den Auftrag der Schule als auch für sich daraus ergebenden Dienstpflichten der Lehrkräfte entscheidend sind: Es sind „alle wertvollen Anlagen der Schülerinnen und Schüler zur vollen Entfaltung zu bringen“ und es ist „ihnen ein Höchstmaß an Urteilskraft, gründliches Wissen und Können zu vermitteln“ (§ 1 Satz 1). Ziel ist die Heranbildung von Persönlichkeiten, deren Haltung u.a. bestimmt ist „von der Anerkennung der Gleichberechtigung aller Menschen“ (§ 1 Satz 3). Nach § 2 Satz 1 hat jeder junge Mensch „ein Recht auf zukunftsfähige, diskriminierungsfreie schulische Bildung und Erziehung ungeachtet insbesondere [...] des Geschlechts, [...] der religiösen oder politischen Anschauungen, oder aus vergleichbaren Gründen“. Zu den Zielen schulischer Bildung und Erziehung gehört nach § 3 Abs. 3, die Schülerinnen und Schüler zu befähigen, „die Beziehungen zu anderen Menschen in Respekt, Gleichberechtigung und gewaltfreier Verständigung zu gestalten sowie allen Menschen Gerechtigkeit widerfahren zu lassen“ (Nr. 1) sowie „ihr zukünftiges privates, berufliches und öffentliches Leben in Verantwortung für die eigene Gesundheit und die ihrer Mitmenschen auszugestalten, Freude am Leben und am Lernen zu entwickeln sowie die Freizeit sinnvoll zu nutzen“ (Nr. 9). Die Schule wie auch jede einzelne Lehrkraft hat nach diesen Grundsätzen dafür zu sorgen, dass aus einer islamischen Religionskultur entstehende, aktuelle oder mögliche Konflikte nicht dazu führen, dass diese Ziele nicht in möglichst weitem Umfang verwirklicht werden können. Aus diesen Bildungs- und Erziehungszielen ergeben sich je nach den Bedingungen des schulischen Unterrichts und Zusammenlebens konkrete Dienstpflichten der Lehrkräfte.

7. Der Grundsatz weltanschaulich-religiöser Neutralität und die Dienstpflichten von Lehrkräften

Der Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität wurzelt als verfassungsrechtliches Gebot in einer Zusammenschau der Artt. 4 Abs. 1 und 2, 3 Abs.3, 33 Abs. 1 GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art 136 Abs. 1 und 4, Art. 137 Abs. 1 WRV. Neben den für das staatliche Religionsrecht bedeutsamen Gehalten des Verbots einer Staatskirche und der (freundlichen, nicht laizistischen) Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften werden ihm Verbote der Beeinflussung, der Identifikation und der Bewertung entnommen.²⁷⁶ Für den schulischen Auftrag konkretisiert ist dieser Grundsatz differenziert zu betrachten: So zweifelsfrei er eine aktive religiöse Beeinflussung von Schülern durch Lehrkräfte untersagt, so sehr begleitet er in verschiedener Ausformung den für Schule unter dem Grundgesetz notwendigen Prozess der Vermittlung eines Pluralismus von Werten

(Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2007, § 156, Rn. 45.

²⁷⁶ Vgl. *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 146f.; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 90 m.zahlr.Nachw.

in kritischer Auseinandersetzung mit eben diesen Werten²⁷⁷ und unter Anerkennung eines im Grundgesetz selbst gespiegelten ethischen, politischen und weltanschaulichen Mindestkonsenses.²⁷⁸ Der Grundsatz der Neutralität entfaltet zusammen mit dem rechtlichen Gebot, nach Möglichkeit gleiche Lernchancen für jeden einzelnen Schüler zu eröffnen und zu gewähren, eine besondere Aktualität gegenüber den Herausforderungen einer islamischen Religionskultur im schulischen Alltag. Die Lehrkräfte sind verpflichtet, etwaigen Druck anderer Schüler oder von Eltern und Verwandten auf Schülerinnen mit dem Ziel der Durchsetzung islamisch korrekten Verhaltens (z.B. Kopftuchtragen, Schweigen zu Gewaltandrohungen, Tolerieren der Unterbindung der freien Selbstentwicklung und Selbstbestimmung von Mädchen) zu erkennen und ihm nach Möglichkeit entgegenzuwirken. Der Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität verpflichtet Lehrkräfte dazu, jeden Anschein einer Parteinahme zugunsten dieser und anderer aus einer islamischen Religionskultur heraus erhobenen Forderungen zu vermeiden.²⁷⁹

8. Der Schulfrieden und seine Aufrechterhaltung

Das Prinzip des Schulfriedens umfasst als Inbegriff für das alltägliche ungestörte Funktionieren von Schule unter Verwirklichung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages die Ermöglichung, Förderung und Verwirklichung aller dafür notwendigen Verhaltensweisen des Schulpersonals, der Schüler und aller weiteren Beteiligten am schulischen Geschehen. Die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des Schulfriedens hat Auswirkungen auf die Dienstpflichten von Lehrkräften, sofern eine islamische Religionskultur in der Schülerschaft gegeben ist: Lehrkräfte dürfen nicht den Anschein erwecken, in den dadurch gegebenen Konflikten auf einer von zwei religionsbestimmten Seiten zu stehen oder einer der innerislamischen Parteien anzugehören. Vielmehr sind sie in religiöser Neutralität dem schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrag verpflichtet.

9. Zentrale Ziele für landesgesetzliche Regelungen

Eine gesetzliche Regelung weltanschaulich-religiöser Bekundungen von Lehrpersonal in der Schule und im schulischen Unterricht muss die vorstehenden Anforderungen, die – wie beide Senate des

²⁷⁷ Das beinhaltet notwendig eine Relativierung des Bewertungsverbot, indem Bewertungen diskutiert werden müssen, aber nicht aufgezwungen werden dürfen.

²⁷⁸ *Hermann Avenarius*, a.a.O., S. 111 m.w.Nachw.

²⁷⁹ Das betrifft ein weitreichendes, hier nicht im einzelnen anzuführendes, politisches, auch antisemitisches Gedankengut einschließendes, sich gegen Völkerverständigung und Toleranz richtendes Themenspektrum.

Bundesverfassungsgerichts betont haben – die Regelung eines Geflechts verfassungsrechtlicher wie grundrechtlicher Positionen umfasst, reflektiert aufnehmen. Die Realisierung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages in weltanschaulich-religiöser Neutralität erfordert unter den Bedingungen einer an Schulen verbreiteten islamischen Religionskultur notwendig die Sicherung gleicher Rechte von Schülerinnen und Schülern besonders auf dem Feld der negativen Religionsfreiheit sowie die Ermöglichung eines von Gruppendruck freien Lernens in religiös-kultureller Selbstbestimmung gerade auch für muslimische Schülerinnen.²⁸⁰

10. Problematische Folgen einer islamischen Religionskultur

Die islamische Religionskultur unter circa 40 % bis 60 % der sunnitischen Muslime – über 90 % der in Deutschland lebenden Muslime sind Sunniten – beinhaltet die Propagierung und Realisierung einer religiös begründeten, dem Mann in vieler Hinsicht untergeordneten und die Selbstbestimmung von Frauen wie Mädchen stark einschränkenden Stellung der Frauen in Familie und Gesellschaft. Männer und Jungen werden dazu angehalten und erzogen, die dem Grundgesetz widersprechenden Forderungen nicht nur zu erheben, sondern auch durchzusetzen. Das ist verbunden mit der religiös verwurzelten Vorstellung einer letzten Endes für die Durchsetzung und Aufrechterhaltung des Islams notwendigen Vorherrschaft einer vorgestellten islamisch „korrekten“ Kultur auch und gerade im öffentlichen Raum. Darin wird eine für jeden einzelnen Muslim aktiv zu erfüllende Pflicht gesehen. Dieses Ziel wird entsprechend in Familien wie in einem nicht geringen Teil der Moscheen vermittelt.

11. Der Verbreitungsgrad dieser islamischen Religionskultur unter Schülerinnen und Schülern

Im Land Berlin hat ein Drittel der Schüler ausländische Vorfahren und entsprechende kulturelle Wurzeln. Unter den Bedingungen der Zuwanderung nach Deutschland und Berlin in den letzten Jahrzehnten beinhaltet dieses Drittel insgesamt einen Anteil von etwa 80 % muslimischer Schüler an den allgemeinbildenden Schulen des Landes Berlin, was zu einem Anteil dieser muslimischen Schüler von etwa 25 % an der Gesamtzahl der Schüler führt. Dabei variiert der Anteil muslimischer Schüler in den einzelnen Bezirken und kann für Klassen und Schulen auch hohe Zahlen zwischen 80 und 95 % erreichen. Es ist davon auszugehen, dass im Regelfall mindestens ein Drittel der

²⁸⁰ So schon BVerfGE 108, 282ff. Rn. 47.

muslimischen Schülerinnen und Schüler der geschilderten islamischen Religionskultur angehören, die vom Bild einer unter dem Aspekt von Art. 3 GG negativ zu beurteilenden Stellung der Frau als Realität und als Ziel geprägt ist. Diese Gruppe wird sich für diese Vorstellungen je nach Gelegenheit und Möglichkeit aktiv einsetzen, jegliches Abweichen von diesen religiös-normativ verstandenen Geboten zu verhindern suchen und dagegen vorgehen.²⁸¹

12. Wirkungen des Kopftuchtragens von Lehrerinnen auf muslimische Schüler und Schülerinnen

Das von Lehrerinnen im schulischen Unterricht getragene islamische Kopftuch ist unter den im Lande Berlin herrschenden Bedingungen einer an Schulen verbreiteten islamischen Religionskultur ein schwerwiegender und als kausal vorhersehbar einzustufender Faktor für die Entstehung und für Verschärfung schon bestehender religiös-kultureller Konflikte sowohl bei Schülerinnen, die vor einer Entscheidung über das Kopftuch stehen, als auch im Sinne der Bildung von untereinander in kulturellen Konflikten stehenden Gruppen von Schülern. Muslimische Schüler fühlen sich darin bestärkt, mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln darauf hinzuwirken, dass muslimische Schülerinnen das Kopftuch tragen und sich auch ansonsten in einer als islamisch „korrekt“ angesehenen Weise kleiden und verhalten. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wird so in einer Vielzahl von Fällen der Schulfrieden gestört, indem religiös-kulturelle Konflikte gefördert, verstärkt oder verursacht werden und indem Lernprozesse von Schülern erheblich beeinträchtigt werden. Darin liegt zugleich ein Verstoß gegen die Pflicht staatlicher Einrichtungen zu religiös-weltanschaulicher Neutralität. Unter den Bedingungen einer islamischen Religionskultur an den Schulen begreift ein erheblicher Teil muslimischer Schülerinnen und Schülern das Tragen des Kopftuchs durch eine muslimische Lehrerin – auch ohne ihr aktives Zutun – als Zustimmung zu ihrer eigenen religiös-kulturellen Programmatik. Sie sehen das Tragen des Kopftuchs als implizite Stellungnahme zu den innerislamischen kulturell-religiösen Auseinandersetzungen: Die Lehrerin steht in ihren Augen auf der islamisch für korrekt gehaltenen, „richtigen“ Seite. Muslimische Schülerinnen und Schüler werden sich in ihrem Ziel eines Hinwirkens auf ein Frauen und Mädchen geziemendes Betragen bestätigt sehen und es weiter verfolgen. Dass diese Bedingungen und Konflikte einer islamischen Religionskultur nahezu flächendeckend in Schulen des Landes Berlin schon gegeben sind oder eintreten werden, ist auch aus den vorliegenden Stellungnahmen einzelnen Schulleitungen aus verschiedenen Berliner Bezirken zu schließen.

²⁸¹ Unter diesen tatsächlichen Bedingung hält auch *Kirsten Wiese*, die grundsätzlich ein Kopftuchverbot nur im Wege der Einzelfallprüfung unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit für verfassungsrechtlich zulässig erklärt, ein landesweites Kopftuchverbot für rechtlich zulässig. Vgl. *dies.*, Lehrerinnen mit Kopftuch, a.a.O. (Anm. 110), S. 140.

13. Die negative Religionsfreiheit der muslimischen Schülerinnen und die Pflichten der Lehrkräfte

Diese der islamischen Religionskultur entspringenden Gefahren sowie reale Einschränkungen und Verletzungen grundrechtlich geschützter Freiheiten und Rechte muslimischer Schülerinnen²⁸² führen dazu, dass die negative Religionsfreiheit ihre abwehrende Bedeutung in vollem Umfang entfaltet. Sie schützt nicht nur muslimische Schülerinnen vor derartigen Beeinträchtigungen. Ihr kommt auch eine verhindernde Schutzwirkung in Form eines rechtlich gebotenen Einschreitens von Lehrkräften und Schulleitung gegenüber einem derartigen Verhalten muslimischer Schüler zu, das letzten Endes auch im wohlverstandenen Interesse dieser Schüler selbst liegt. Sie verstärkt damit die staatliche Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität im Bereich der Schule dahingehend, dass den Lehrkräften die Dienstpflicht zu – bezogen auf die vorstehenden Konflikte – weltanschaulich-religiöser neutraler Kleidung auferlegt werden kann.²⁸³

14. Die negative Religionsfreiheit als Schutz vor religiös-kulturellen Konflikten

Die negative Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler wirkt so, komplementär zur von und in der Schule zu fördernden Gleichberechtigung von Mädchen, im Sinne einer ultima ratio des Grundgesetzes dem Teil der islamischen Religionskultur entgegen, der sich gegen vom Grundgesetz geschützte grundlegende Werte und Rechtspositionen richtet und verhindert in der Tendenz religiös geprägte kulturelle Auseinandersetzungen in Schule und Klassenzimmer.²⁸⁴ Insofern ergänzt die negative Religionsfreiheit auch die aus der Schulpflicht folgende Berechtigung jedes einzelnen Schülers auf gleiche und im schulischen Alltag nicht zuletzt des Unterrichts und der Schulklasse möglichst ungestörte Teilhabe an Bildung und Erziehung. Dieses Recht besitzt, vermittelt durch den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag, selbst verfassungsrechtliche Relevanz. Der staatlichen Schulpflicht korrespondiert die staatliche Verpflichtung auf Ermöglichung einer sich an Chancengleichheit orientierenden Teilhabe des einzelnen Schülers an schulischer Bildung und Erziehung. Wer rechtlich verpflichtet ist, die schulische Anstalt zu besuchen, ist als Destinatär

²⁸² Dass auch andere Felder davon betroffen sind – Herabwürdigung anderer Religionen, Antisemitismus, Verweigerung einer gründlichen Befassung mit dem Holocaust – bedarf hier keiner vertieften Ausführung.

²⁸³ Zu neutralem äußeren Auftreten und einer entsprechenden Dienstpflicht von Lehrkräften vgl. nur VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.02.2008, Az.: 1 K 1466/07, juris. Die negative Religionsfreiheit betont in diesem Zusammenhang auch *Heinig*, Eine neues Kapitel, a.a.O. (Anm. 114), 223.

²⁸⁴ Verfassungsrechtlich unzutreffend insofern die Verkürzung der negativen Religionsfreiheit bei *Susanne Baer/Kirsten Wiese*, Ist das Berliner Neutralitätsgesetz mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vereinbar? Expertise v. 06.10.2008, S. 36. Richtig hingegen die Feststellung, „die autonome Willensbildung des Schülers bzw. der Schülerin“ dürfe im Bereich der religiösen Selbstbestimmung nicht behindert werden (a.a.O., S. 37), ohne dass alle notwendigen Schlussfolgerungen daraus gezogen werden.

berechtigt, das schulische Angebot ungehindert wahrzunehmen. Das umfasst die Pflicht der Schule wie des Lehrpersonals religiös-kulturellen Diskriminierungen entgegen zu treten und keine Anlässe dafür – in welcher Form auch immer – zu bieten oder zuzulassen.

15. Die Dienstpflichten der Lehrkräfte und die Wirkung des islamischen Kopftuchs

Es besteht angesichts dieser Lage der islamischen Religionskultur und der entsprechenden Pflichten von Lehrkräften und Schulleitungen, eine dienstliche Pflicht sowohl zur Verhinderung von Diskriminierungen und Rechtsverletzungen muslimischer Schülerinnen als auch insbesondere zur Wahrnehmung dieser Phänomene. Schulleitungen wie Lehrer stehen vor der Aufgabe, besonders der negativen Religionsfreiheit zu ihrem Recht zu verhelfen. Es ist nicht zu erwarten, dass Lehrkräfte, die – wie in allen diesbezüglichen Verfahren überzeugend bekundet – das Kopftuch aus voller religiöser Überzeugung mit dem Wissen tragen, was es im Islam bedeutet, diese dienstlichen Pflichten von sich aus und angesichts heftiger kultureller Widerstände in jedem Fall mit der dafür erforderlichen Überzeugung freiwillig wahrnehmen werden. Denn sie nehmen durch das Tragen des islamischen Kopftuchs das Entstehen und die Förderung von Konflikten, die notwendig den Schulfrieden stören, in Kauf. Angesichts der neuen Herausforderungen durch eine islamische Religionskultur an den Schulen von Berlin ist das Land Berlin verpflichtet, Lehrerinnen und Lehrer wie auch die Schulen insgesamt dabei zu unterstützen, die negativen Folgen dieser Kultur zu erkennen, ihnen entgegenzutreten und sie erfolgreich von Schule und Unterricht fernzuhalten. Es bedarf insofern auch der gezielten Fortbildung und Unterstützung des schulischen Personals, um diesen relativ neuen Aufgaben besser gerecht zu werden.

16. Die Förderung religiös-kultureller Konflikte in der Schule durch das Kopftuch der Lehrerin

Unabhängig von vorstehenden Zweifeln an der Eignung von das Kopftuch mit religiöser Überzeugung tragenden Lehrkräften für die umrissenen Aufgaben im Einzelfall ist das Tragen eines islamisch konnotierten Kopftuchs durch Lehrkräfte im Unterricht geeignet, die dargelegten, einer islamischen Religionskultur entspringenden Konflikte zu fördern. Es entfaltet – unabhängig von der Motivation der Trägerin – regelmäßig und in einem nicht zu vernachlässigenden Umfang selbst eine derartige Wirkung.

17. Vorbeugen gegen Grundrechtsverletzungen statt Nachsorgen im Fall konkreter Gefahr

Angesichts dessen, dass das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch Lehrerinnen Konflikte und Gefahren für die Grundrechte von Schülerinnen muslimischen Glaubens in einer großen Zahl von Schulen in Berlin erzeugt, wäre es falsch, mit der Rechtsprechung des Ersten Senats erst auf den Eintritt einer sicher eintretenden Grundrechtsverletzung zu warten, um dann unter sehr erheblichen Schwierigkeiten der Beweiserhebung und -sicherung im jeweiligen Einzelfall auf der Grundlage einer („konkret“) verwirklichten Gefahr das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch Lehrerinnen im Unterricht zu verbieten. Die tatsächlichen, mit hoher Sicherheit vorherzusagenden Wirkungen des islamischen Kopftuchs der Lehrerin im Unterricht überschreiten die Kategorie der Gefahr, da der Eintritt der beschriebenen Folgen in einer hohen Zahl von Fällen überhaupt nicht zu vermeiden ist. Das vom Ersten Senat vertretene Modell der „Nachsorge im Fall der nachgewiesenen konkreten Gefahr“ muss angesichts dieser religiös-kulturellen Konfliktlage versagen.

18. Die negative Religionsfreiheit und die Elternrechte

Den Rechten der Schülerinnen auf negative Religionsfreiheit und auf eine gleichberechtigte Selbstbestimmung im schulischen Alltag des Klassenzimmers wie im schulischen Bildungs- und Erziehungsgeschehen entsprechen die Rechte der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG, die vom Gesetzgeber ebenfalls entsprechend zu berücksichtigen sind.

19. Fehlende Wahrnehmung der Hypothesen islamischer Rechtskultur

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die geschilderten, der islamischen Religionskultur entspringenden Konflikte und Phänomene sowie deren Folgen bestenfalls im Ansatz wahrgenommen. Unter rechtlichen wie tatsächlichen Aspekten gebührt der Rechtsprechung des Zweiten Senats insofern der Vorrang gegenüber der des Ersten Senats. Die wissenschaftliche Literatur hat aktuelle Erkenntnisse der Islamwissenschaft sowie die Erfahrung von Lehrkräften über neuere Entwicklungen der islamischen Religionskultur und ihre Auswirkungen noch nicht im ganzen Umfang verarbeitet, auch wenn deutliche Tendenzen in dieser Richtung zu erkennen sind.²⁸⁵

²⁸⁵ So z.B. die Kommentierung von *Juliane Kokott*, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 4. Weitblickend schon *dies.*, Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum, *Der Staat* 44 (2005), 343-365.

20. Die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers von Berlin

Angesichts des unaufgelösten Gegeneinanders zweier miteinander im Widerspruch stehender Entscheidungen der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts mit jeweils fortbestehender Geltungskraft kann sich der Gesetzgeber begründet für ein schulpolitisches Modell entscheiden, das den Gefahren einer islamischen Religionskultur an den Schulen am besten entgegenwirkt, zumindest sofern an Schulen eines Landes derartige Entwicklungen in erheblichem Umfang gegeben sind. Zudem macht die ansteigende Wahrnehmung kultureller Konflikte aus einer islamisch geprägten Kultur der Zuwanderung es zunehmend erforderlich, neue Erkenntnisse und diesbezügliche entsprechende Konzepte auch im schulischen Bereich zu erproben und zu verwirklichen. Im Zentrum dieser Bemühungen sollte der unter Wahrung des Schulfriedens in weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllende staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag stehen, wie er in sinnvoller Weise im Berliner Neutralitätsgesetz umgesetzt worden ist.

21. Prinzipien des Grundgesetzes als Rechtfertigung des Berliner Neutralitätsgesetzes

Die vorstehenden rechtswissenschaftlichen und islamwissenschaftlichen Erkenntnisse führen zu dem Ergebnis, dass das bestehende gesetzliche Verbot weltanschaulich-religiöser Bekundungen in der Schule, unter das auch das Tragen eines islamisch konnotierten Kopftuchs durch eine Lehrerin im schulischen Unterricht fällt, verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Das Verbot religiöser Bekundungen nach dem Berliner Neutralitätsgesetz ist angesichts der tatsächlichen Entwicklungen an den Berliner Schulen und der Zunahme von der Entwicklung der islamischen Religionskultur geschuldeten Konflikten geboten, um die Rechte der Schülerinnen und Schüler wie ihrer Eltern in hinreichendem Maße zu schützen und um die Verwirklichung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages in weltanschaulich-religiöser Neutralität und unter Bewahrung des Schulfriedens zu sichern. Das Berliner Neutralitätsgesetz ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine Änderung ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

VIII. Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 Neutralitätsgesetz mit dem Recht der EU

Das Recht der Europäischen Union wird hier auf der Grundlage der Rechtsprechung erstens des Gerichtshofs der Europäischen Union – EuGH – und zweitens des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dargestellt und angewendet.²⁸⁶ Einschlägig sind die Normen zu Religionsfreiheit und zu Nichtdiskriminierung gemäß Art. 10 und Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – EU-GRCharta –. Die von Art. 10 EU-GRCharta garantierte Religionsfreiheit ist entsprechend dem Auslegungsgebot des Art. 52 Abs. 3 Satz 1 EU-GRCharta durch die Inbezugnahme der Gewährleistungen der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK zu ergänzen. Eine weitere Prüfungsinstanz bildet dann das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 21 EU-GRCharta zusammen mit der dazu ergangenen Richtlinie 2000/78/EG.

1. Die Religionsfreiheit gemäß Art. 10 EU-GRCharta i.V.m. Art. 9 EMRK

Das Tragen des Kopftuchs als religionsbezogenes Kleidungsstück ist nach der ständigen Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des EGMR von der Religionsfreiheit (Art. 10 EU-GRCharta/Art. 9 Abs. 1 EMRK) geschützt. Das in § 2 Abs. 1 Berliner Neutralitätsgesetz enthaltene, an Lehrkräfte der allgemeinbildenden Schulen in Berlin gerichtete Verbot von auffallenden religiös geprägten Kleidungsstücke in der Schule umfasst das Tragen des islamisch konnotierten Kopftuchs durch Lehrkräfte und stellt damit einen Eingriff in die Religionsfreiheit dar. Dieser ist rechtlich zulässig, wenn er sich vor den in Art. 9 Abs. 2 EMRK enthaltenen Schranken rechtfertigen lässt. Diese Schrankenregelung gilt für die Garantien der Religionsfreiheit sowohl in Art. 9 EMRK als auch in Art. 10 EU-GRCharta. Insofern ist der Erläuterung zu Artikel 10 EU-GRCharta zu folgen, wonach diese Schrankenregelung den einzelstaatlichen Verfassungstraditionen und der Entwicklung der einzelstaatlichen Gesetzgebungen entspricht. Die fragliche Bestimmung des § 2 Abs.1 Berliner Neutralitätsgesetz muss sich daher als in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erweisen für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer unterfallen nicht zuletzt die Rechte muslimischer Schülerinnen und Schüler. Sie haben einen vom staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag umfassten Anspruch auf eine Schule und auf ein schulisches Lernen in weltanschaulich-religiöser

²⁸⁶ Vgl. dazu vorstehend zur Rechtsprechung des EuGH S. 70ff. und zu der des EGMR S. 74ff.

Neutralität. Das beinhaltet eine möglichst weitgehende Zurückdrängung möglicher Störungen durch aus einer islamischen Religionskultur entstehende Kontroversen, sei das um eine angemessene Kleidung oder um die Stellung von Mann und Frau. Insbesondere müssen kulturell-religiöser Druck und Streit aus dem Klassenzimmer ferngehalten werden. Das bedeutet für die Schulbehörden wie für den Staat, dass Lehrerinnen auch nicht durch ihr äußeres Erscheinungsbild gleichsam zu Parteien in derartigen Konflikten werden dürfen. Es muss schon der böse Anschein vermieden werden, da diese Auseinandersetzungen durch ihre Verwurzelung in Teilen der islamischen Religionskultur zu eingreifenden psychischem und sozialen Belastungen insbesondere bei betroffenen Schülerinnen führen können.²⁸⁷

Die gleichen Argumente, die zur Rechtfertigung der Beschränkungen der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch das Berliner Neutralitätsgesetz führen, rechtfertigen auch die durch eben dieses Gesetz erfolgten Beschränkungen der Religionsfreiheit in der Form ihrer Gewährleistung durch Art. 10 EU-GRCharta und Art. 9 Abs. 1 EMRK. Insofern ist auf die Ausführungen in Abschnitt VIII. des Gutachtens zu verweisen.

Die Rechtsprechung des EuGH, der für Neutralitätskonzeptionen auf den rechtlich begründeten Schutz von verfassungs- und unionsrechtlich gewährleisteten Rechten und Freiheiten abstellt, und die Rechtsprechung des EGMR, der die konfessionelle Neutralität der Schule und des Unterrichts, das friedliche, von religiösen Konflikten ungestörte Miteinander von Schülerinnen und Schülern und die Verhinderung religiösen Drucks in staatlichen Bildungs- und Erziehungseinrichtungen in zahlreichen Entscheidungen als Rechtfertigung entsprechender rechtlicher und gesetzlicher Regelungen bewertet hat, begründen und bestätigen das Recht jedes Mitgliedsstaats, durch das Verbot spezifisch religiöser Bekundungen diese Ziele zu fördern und zu sichern. Als eine solche Bekundung bewertet eine Reihe dieser Entscheidungen auch das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch Lehrkräfte an staatlichen Bildungs- und Erziehungseinrichtungen. Dem Staat steht angesichts der hier eingehend dargelegten Gefahren und Konflikte im Bereich der Religionskultur an allgemeinbildenden Schulen²⁸⁸ ein weiter Ermessensspielraum bei der Auswahl geeigneter Mittel zum Schutz der Freiheiten und Rechte von Schülern und Eltern zu, unter denen angesichts der spezifischen Konfliktstrukturen die negative Religionsfreiheit in ihrer abwehrenden Funktion einen hervorragenden Platz einnimmt. Das gilt verstärkt angesichts dessen, dass eine ungestörte schulische Bildung und Erziehung ein sehr hohes, vom Grundgesetz ausdrücklich durch Art. 7 Abs.

²⁸⁷ Hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen dieser Konflikte in der islamischen Religionskultur vgl. den voranstehenden Exkurs auf S. 86-101; zu deren rechtlicher Bewertung und Einordnung S. 101-111.

²⁸⁸ Vgl. dazu auch die nachstehende Zusammenfassung auf S. 114.

1 GG und ebenfalls vom Berliner Landesschulgesetz geschütztes Gemeinschaftsgut ist.

Die Einschränkung der Religionsfreiheit im Sinne von Art. 10 EU-GRCharta und Art. 9 Abs. 1 EMRK durch das Berliner Neutralitätsgesetz ist – nicht zuletzt auch auf Grund der Entscheidungen des EuGH und des EGMR – im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt. Sie ist auch verhältnismäßig, da das Berliner Schulwesen angesichts seiner toleranten und religionsfreundlichen Gesamtausrichtung keinen Anlass zur Annahme bietet, der Staat könne hier in irgendeiner Weise die Grenze zu einer nach den genannten Vorschriften nicht erlaubten Indoktrination überschreiten.

2. Das Recht auf Nichtdiskriminierung wegen Religionszugehörigkeit

Die Rechte der EU-GRCharta binden grundsätzlich die Ausübung von Hoheitsgewalt der EU und berechtigen insofern nur die davon Betroffenen.²⁸⁹ Einen dem Diskriminierungsverbot des Art. 21 EU-GRCharta gleichen Schutz gewährt für Beschäftigte in privaten Arbeitsverhältnissen sowie im öffentlichen Dienst jedoch Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2000/78/EG.²⁹⁰ Diese Richtlinie ist in Deutschland 2006 durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt worden.²⁹¹ Verboten sind nach der Richtlinie die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung in Bezug auf die Religionszugehörigkeit beim Zugang zur Beschäftigung und im Rahmen der Arbeitsbedingungen (Art. 1 i.V.m. Art. 2 Richtlinie 2000/78 EG). Die Richtlinie gibt aber auch Bedingungen an, unter denen eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann: Ein Merkmal, das an sich im Zusammenhang der nicht zulässigen Diskriminierungsgründe steht, darf einer Ungleichbehandlung zugrunde gelegt werden, „wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“ (Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78 EG).

Das von einer Lehrerin im schulischen Unterricht getragene islamische Kopftuch ist nach den vorstehenden tatsächlichen Feststellungen und Bewertungen²⁹² entsprechend den im Lande Berlin herrschenden Bedingungen einer an zumindest einem Drittel der Schulen verbreiteten islamischen Religionskultur ein schwerwiegender und als kausal vorhersehbar einzustufender Faktor für die

²⁸⁹ Vgl. *Thomas Oppermann/Hans Dieter Classen/Martin Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 17 Rn. 12ff., 18ff. m.w.Nachw.

²⁹⁰ Richtlinie 2000/78/EG des Rates der EU v. 27.11.2000 (ABl. EG L 303/16).

²⁹¹ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz v. 14.08.2006 (BGBl. I, 1897) i.d.F.v. 03.04.2013 (BGBl. I, 610) – AGG –; vgl. dazu nachstehend S. 116f.

²⁹² Vgl. S. 100f.

Entstehung und für die Verschärfung schon bestehender religiös-kultureller Konflikte sowohl bei Schülerinnen, die sich für oder gegen das Tragen des Kopftuchs entscheiden wollen, als auch zwischen untereinander in kulturellen Kontroversen stehenden Gruppen von Schülern. Im Effekt wird mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit so in einer Vielzahl von Fällen der Schulfrieden dadurch gestört, dass Lernprozesse von Schülern durch religiös-kulturelle Konflikte beeinträchtigt werden und solche Konflikte gefördert, verstärkt oder verursacht werden. Damit verbunden sind Verstöße gegen die Pflicht staatlicher Einrichtungen zu religiös-weltanschaulicher Neutralität.

Somit knüpfen die Regelungen des Berliner Neutralitätsgesetzes, die das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch Lehrerinnen im schulischen Unterricht verbieten, diese Ungleichbehandlung von schulischen Lehrkräften gegenüber anderen Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst an ein Merkmal, das aufgrund der Art der beruflichen Tätigkeit von Lehrkräften und den Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende Anforderung darstellt. Das ist der Fall, weil die Lehrkräfte angesichts von einer islamischen Religionskultur entspringenden Konflikten verpflichtet sind, erstens diese einzudämmen und zweitens einer religiös-kulturellen Diskriminierung muslimischer Schülerinnen entgegenzuwirken. Das Tragen eines islamischen Kopftuches steht dem entgegen. Das Land Berlin verfolgt mit der schulische Lehrkräfte betreffenden Einschränkung religiöser Bekundungen und deren Grundrechts auf Religionsfreiheit in diesen Fällen rechtmäßige Zwecke, nämlich die Erfüllung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages in religiös-weltanschaulicher Neutralität, die Sicherung des ihm entsprechenden gleichen Rechts aller Schüler auf ungehindertes Lernen – unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit – und die Wahrung des Schulfriedens vor aus einer Religionskultur hervorgehenden Gefahren. Angesichts der Verbreitung einer islamischen Religionskultur an den Berliner Schulen und in der Schülerschaft ist dieses Verbot auch eine angemessene und verhältnismäßige Anforderung. Denn Einzelfallregelungen können einem flächendeckend weit verbreiteten Problem nicht effektiv entgegenzutreten und überfordern wegen der Vielzahl möglicher Konflikte zudem sowohl die Schulleitungen der einzelnen Schulen als auch die Schulverwaltung insgesamt. Eine Vielzahl möglicher Prozesse würde zudem politisch-kulturell das für eine gelingende Bildungspolitik erforderliche Klima staatlicher Neutralität und Unabhängigkeit auf das Schwerste belasten.

3. Diskriminierung von weiblichen Lehrkräften durch ein Kopftuchverbot?

Es bedarf keiner tiefgreifenden, gesonderten Untersuchung der Frage, ob das sich aus dem Berliner

Neutralitätsgesetz ergebende Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuchs durch Lehrkräfte im schulischen Unterricht zu einer nicht zu rechtfertigenden Diskriminierung in Bezug auf das Geschlecht bei Lehrerinnen führt, weil das Kopftuch nur von weiblichen Lehrkräften getragen wird. Die insofern einschlägige Richtlinie 2002/73/EG²⁹³ gewährleistet Diskriminierungsschutz in Bezug auf das Geschlecht. Angesichts dessen, dass das Berliner Neutralitätsgesetz auch jedwede religiöse Kundgebung von Männern untersagt, handelt es sich insofern nicht um eine nur Frauen erfassende Regelung. Selbst wenn man berücksichtigen wollte, dass das Kopftuch als spezifisches Phänomen einer islamischen Religionskultur nur von Frauen getragen wird, und geneigt wäre, eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der effektiven Auswirkung zu bejahen, stünde dem doch die vorstehend dargelegte Untersuchung der Rechtfertigungsgründe für diese Ungleichbehandlung entgegen. Es gelten für den Fall einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung die gleichen Rechtfertigungsgründe wie im Fall einer religionsbezogenen Diskriminierung. Daher wäre selbst eine spezifische, nur das Kopftuch sowie Kleidungsstücke und Symbole, die sich in einem vergleichbaren Sinne auswirken, erfassende landesgesetzliche Regelung unter den vorstehend für Berlin beschriebenen Bedingungen und Verhältnissen gerechtfertigt und verhältnismäßig.

4. Das Verhältnis des Unionsrechts zur nationalen Rechtsprechung des BVerfG

Sollten die höchsten Bundesgerichte und das Bundesverfassungsgericht in seiner Gesamtheit die vorstehenden tatsächlichen Feststellungen und Bewertungen sowie die daraus hervorgehenden rechtlichen Beurteilungen nicht teilen, so wären die Erfolgsaussichten gegen solche Entscheidungen gerichteter Rechtsmittel sowie von Klagen gegen die Zulassung des islamischen Kopftuchs von Lehrkräften im Unterricht angesichts bestehender und schwerwiegender religiös-kultureller Konflikte positiv zu bewerten. Das geltende Unionsrecht und die Entscheidungspraxis des EuGH sowie des EGMR führen zu schweren Lasten für eine Position, die auf einer Rechtmäßigkeit islamischer Kopftücher von Lehrkräften im Unterricht besteht.²⁹⁴

²⁹³ Richtlinie 2002/73/EG der Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. September 2003 (ABl. EG L 269/15).

²⁹⁴ Auch das sonstige Völkerrecht führt zu keinem anderslautenden Ergebnis. Vgl. z.B. *Kirsten Wiese*, Lehrerinnen mit Kopftuch, a.a.O. (Anm. 110), S. 258f.

IX. Die Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 Neutralitätsgesetz mit Bundesrecht

1. Die Vereinbarkeit mit den Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG – untersagt durch Diskriminierungsverbote u.a. aus Gründen des Geschlechts und der Religion unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen, die sachlich nicht gerechtfertigt sind. Es gilt auch für Beschäftigte im öffentlichen Dienst, dort zur beruflichen Ausbildung Beschäftigte sowie für entsprechende Bewerberinnen und Bewerber (§ 6 Abs. 1 AGG). Für im Beamten- und Richterverhältnis stehende Personen gilt es unter Rücksicht auf ihre besondere Rechtsstellung (§ 24 AGG). In der Sache sind insbesondere Auswahlkriterien sowie Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen an den Maßstäben des AGG zu messen (§ 2 AGG). Die §§ 2 und 3 Berliner Neutralitätsgesetz sind daher am AGG als geltendem Bundesrecht (§ 31 GG) zu überprüfen. Bei der Auslegung des AGG sind die vorstehend angeführten und untersuchten Normen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union in Rechnung zu stellen.²⁹⁵

Das Berliner Neutralitätsgesetz untersagt das Tragen auffällender religiös oder weltanschaulich geprägter Kleidungsstücke und religiöser oder weltanschaulicher Symbole, die eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren (§ 2 Satz 1). Eine mögliche Benachteiligung liegt in der Pflicht, auf derartige Attribute zu verzichten. In Rechtsprechung und Literatur wird unterschiedlich beurteilt, ob damit eine direkte Anknüpfung an einen der in § 1 AGG genannten Benachteiligungsgründe (Geschlecht, Religion, ethnische Herkunft u.a.) gegeben ist, was gemäß der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 AGG eine unmittelbare Benachteiligung zur Folge hätte. Eine mittelbare Benachteiligung läge dagegen nach § 3 Abs. 2 AGG vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise“ benachteiligten; die in der Wissenschaft dafür geltend gemachten Argumente überzeugen.²⁹⁶

²⁹⁵ In diesem Rahmen wird auch die von *Susanne Baer* und *Kirsten Wiese* im Auftrag der „Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung in Berlin“ gefertigte Expertise vom 06.10.2008 („Ist das Berliner Neutralitätsgesetz mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vereinbar?“) berücksichtigt. Ihre Ergebnisse werden darauf überprüft, ob sie mit den hier dargelegten Tatsachen und Erkenntnissen übereinstimmen und insofern weiter aufrecht zu erhalten sind.

²⁹⁶ Für eine nur mittelbare Benachteiligung VGH Mannheim, NJW 2001, 2899 (2900); VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.02.2008, Az.: 1 K 1466/07, juris, Rn. 50; so auch die Mehrheit der wissenschaftlichen Stimmen: *Torsten v. Roetteken*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. AGG. Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Stand: März 2018, § 3 Rn. 381, 436, 688; *Mahlmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 3. Aufl. 2013, § 24 Rn. 22; *Laskowski*, in: Ursula Rust/Josef Falke, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 24 Rn. 21. Dagegen für eine unmittelbare Benachteiligung: *Susanne Baer/Kirsten Wiese*, Expertise, a.a.O., S. 25 m.w.Nachw. in Anm. 61; ebenso BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015, Az.: 1 BvR 471/10 und 1171/10, juris Rn. 153f.

Im ersten Fall wäre dann mit dem § 2 Abs. 1 Berliner Neutralitätsgesetz zu entnehmenden Verbot nach dem Maßstab des AGG eine unmittelbare, normativ vorgegebene Benachteiligung aus Gründen der Religion gegeben, die die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betreffe (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 1 AGG). Im zweiten Fall läge darin – ebenfalls aus Gründen der Religion – eine mittelbare, normativ vorgegebene Benachteiligung hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 2 AGG). Unabhängig davon, für welche der beiden Rechtsauffassungen man sich entscheidet, entfällt in jedem der beiden Fälle eine rechtswidrige Diskriminierung, weil jeweils eine umfassende und verhältnismäßige Rechtfertigung der Benachteiligung gegeben ist.

Nimmt man an, dass eine unmittelbare Benachteiligung aus Gründen der Religion gegeben ist, so ist diese wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung als eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung gerechtfertigt (§ 8 Abs. 1 AGG). Denn das äußere Erscheinungsbild einer Lehrerin mit Kopftuch im Unterricht trägt dazu bei, dass religiös-kulturelle Konflikte in der Schulklasse und an der Schule gefördert oder verstärkt werden bzw. erst entstehen, sei dies unter Schülern oder gegenüber muslimischen Schülerinnen im Zusammenhang mit den Kontroversen über das Tragen des Kopftuchs.²⁹⁷ Das beinhaltet in der Folge – wie dargelegt – Störungen des Schulfriedens und der staatlichen Neutralität bei der Erfüllung des Bildungs- und Erziehungsauftrags der Schule, auch unter dem Aspekt der Wahrung der negativen Religionsfreiheit muslimischer Schülerinnen.²⁹⁸ Damit verstößt ein derartiges Verhalten gegen eine zentrale dienstliche Pflicht von Lehrkräften unter den Bedingungen einer an Schulen verbreiteten islamischen Religionskultur.²⁹⁹ Der Zweck der beruflichen Anforderungen des Berliner Neutralitätsgesetzes, nämlich die Wahrung der vorstehend genannten, rechtlich geschützten Verfassungspositionen, ist gerechtfertigt und die daraus abgeleiteten Anforderungen selbst sind angemessen und verhältnismäßig: Denn ein milderer Mittel, das einen vergleichbaren oder gleichen Erfolg erzielen könnte und die Rechtspositionen der Lehrkräfte nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

²⁹⁷ Die Expertise von *Susanne Baer* und *Kirsten Wiese* ist diesbezüglich ganz maßgeblich von einer Subjektivierung und Individualisierung der religionsspezifischen Qualitäten des Kopftuchtragens geprägt, ohne dass die tatsächlichen Wirkungen des islamischen Kopftuchs der Lehrerin in Unterricht und Schule hinreichend berücksichtigt werden: Es wird insofern für die religiöse Qualität des Handelns zwar mit Grund auf das Selbstverständnis des religionsangehörigen Individuums abgestellt, die weiteren kulturellen Auswirkungen werden aber nicht erhoben und in Rechnung gestellt. Vgl. *dies.*, Expertise v. 06.10.2008, S. 24.

²⁹⁸ Dass dieser zentrale Faktor nicht zutreffend gesehen wird, beeinträchtigt die in der voranstehenden Anmerkung zitierte Arbeit und deren Ergebnis.

²⁹⁹ So auch im Ergebnis: *Bros*, in: *Wolfgang Däubler/Martin Bertzbach* (Hg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 45; *Jobst-Hubertus Bauer/Steffen Krüger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 38 (S. 104) und § 1 Rn. 34; *Schleusener/Voigt/Suckow*, Kommentar zum AGG, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 57; *Gregor Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013, Rn. 110.

weniger zu beeinträchtigen geeignet wäre, ist nicht ersichtlich. Ein besserer Ausgleich zwischen den betroffenen Freiheitsrecht aller Beteiligten ist auf andere Weise nicht zu erzielen.³⁰⁰

Hält man hingegen die Variante einer mittelbaren Benachteiligung aus Gründen der Religion für einschlägig (§ 3 Abs. 2 1. Halbsatz AGG), so entfällt diese Benachteiligung gemäß Halbsatz 2 dieser Norm, weil – wie gezeigt – das rechtmäßige Ziel des § 2 Abs. 1 Berliner Neutralitätsgesetz sachlich gerechtfertigt ist und das eingesetzte Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen, erforderlich und verhältnismäßig ist. Zwar besteht zwischen Lehrkräften, die religiöse konnotierte Kleidungsstücke oder Symbole tragen, und anderen Lehrkräften eine unterschiedliche Betroffenheit von genügender Erheblichkeit, um eine Diskriminierung vermuten zu können. Auch treffen die Folgen des Berliner Neutralitätsgesetzes im Wesentlichen weibliche Lehrkräfte islamischen Glaubens, die ein Kopftuch für religiös geboten ansehen. Allerdings betreffen diese Verbote im gleichen Maß Männer, die auf andere Weise religiöse Kleidung oder Symbole tragen. Zwar werden auch auf dieser Grundlage Argumente für eine mittelbare Diskriminierung muslimischer Lehrkräfte durch die Regelung des § 2 Abs. 1 Berliner Neutralitätsgesetz geltend gemacht.³⁰¹ Aber die vorstehenden, schon eine mögliche unmittelbare Diskriminierung ausschließenden Tatsachen, Gesichtspunkte und rechtlichen Gründe führen dazu, dass der Zweck der beruflichen Anforderungen des Berliner Neutralitätsgesetzes gerechtfertigt und die Anforderung selbst angemessen und verhältnismäßig ist. Weder ist ein milderes Mittel mit einem vergleichbaren oder gleichen Erfolg ersichtlich, noch ist ein sonst zufriedenstellender Ausgleich zwischen den betroffenen Freiheitsrechten aller Beteiligten auf andere Weise zu erreichen. Somit ist keine mittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG gegeben. Aus den gleichen Gründen, die für das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung gelten, verstößt das Berliner Neutralitätsgesetz auch unter dem Aspekt einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts (§ 3 Abs. 2 Satz 1 AGG) nicht gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG.³⁰²

Im Ergebnis ist dem von *Susanne Baer* und *Kirsten Wiese* erstatteten Gutachten nicht zuzustimmen.

³⁰⁰ Insofern ist der von *Susanne Baer* und *Kirsten Wiese* vorgenommenen Interessenabwägung (a.a.O., S. 38ff.) nicht zuzustimmen.

³⁰¹ So auch *Susanne Baer/Kirsten Wiese*, a.a.O., S. 44-49.

³⁰² In Rechtsprechung und Literatur werden zur Frage, ob im Rahmen des Verbot religiös konnotierter Kleidungsstücke und Symbole eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts überhaupt anzunehmen ist, entgegengesetzte Auffassungen vertreten: für eine mittelbare Benachteiligung EGMR, Dahlab ./.. Schweiz, NJW 2001, 2871 (2873); *Gabriele Britz*, Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, KJ 2003, 95 (97f.); *Susanne Baer/Michael Wraase*, Staatliche Neutralität und Toleranz – Das Kopftuchurteil des BVerfG – BVerfG NJW 2003, S. 3011, JuS 2003, S. 1162ff. (1163); *Dagmar Schiek*, in: dies., AGG, 2007, § 3 Rn. 44. Eine mittelbare Benachteiligung lassen völlig außer acht: BAGE 103, 111; BVerfGE 108, 282 (Kopftuchurteil); BVerfG NJW 2003, 2815.

Der zentrale Grund dafür ist die Fehlwahrnehmung der an Berlins Schulen verbreiteten islamischen Religionskultur samt deren nachteiligen Folgen für die Lage muslimischer Schülerinnen, deren Recht auf negative Religionsfreiheit, für den Schulfrieden und für den staatlichen Bildungsauftrag.

2. Artt. 9 und Art. 14 EMRK

Die in der Europäischen Menschenrechtskonvention – EMRK – und in ihren Zusatzprotokollen enthaltenen Normen besitzen in der deutschen Rechtsordnung den Rang eines Bundesgesetzes, da die EMRK durch ein Vertragsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG in deutsches Bundesrecht umgesetzt worden ist.³⁰³

Das Berliner Neutralitätsgesetz verletzt weder die von Art. 9 EMRK geschützte Religionsfreiheit noch das in Art. 14 EMRK enthaltene Diskriminierungsverbot. Denn die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – EGMR – gibt im Bereich der Schulorganisation und der Religionsfreiheit den Staaten einen weiten Gestaltungsspielraum unter dem Aspekt des Schutzes der negativen Religionsfreiheit von Dritten und der Einhaltung des in den staatlichen Rechtsordnungen akzentuierten Prinzips der weltanschaulich-religiösen Neutralität unter Rücksicht auf den in Art. 9 Abs. 2 EMRK enthaltenen Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer. Insoweit ist auf die vorstehend referierte und zusammengefasste Rechtsprechung insbesondere des EGMR zu verweisen.³⁰⁴ Da die Darstellung und Bewertung des Tragens eines islamischen Kopftuchs seitens einer weiblichen Lehrkraft angesichts in der Schule bestehender religiös-kultureller Konflikte samt der von ihren Folgen betroffenen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter bereits vorstehend in Abschnitt VII vorgenommen worden ist, ist hier nur darauf zu verweisen. Sie rechtfertigen im gleichen Maß eine Einschränkung der Religionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 EMRK entsprechend der in Art. 9 Abs. 2 EMRK enthaltenen Schrankenregelung. Die durch das Berliner Neutralitätsgesetz bewirkte Beschränkung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit ist gerechtfertigt und verhältnismäßig im Sinne des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer gemäß Art. 9 Abs. 2 EMRK, zumal die Berliner Schulen einem religiösen Pluralismus offen stehen und weder durch Religionsfeindlichkeit geprägt sind noch religiös-weltanschauliche Indoktrination zulassen.

³⁰³ BVerfGE 74, 358 (370); 128, 326 (367) und in ständiger Rechtsprechung.

³⁰⁴ Vgl. oben S. 74-86.

X. Ergebnis

1. Das im Berliner Neutralitätsgesetz enthaltene Verbot für Lehrkräfte, an Schulen auffallende, religiös geprägte Kleidungsstücke oder (deutlich) sichtbare weltanschaulich-religiöse Symbole zu tragen, verstößt weder gegen das Grundgesetz noch gegen Normen des Rechts der europäischen Union noch gegen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.
2. Die aus einer an allgemeinbildenden Schulen in Berlin verbreiteten islamischen Religionskultur entspringenden Konflikte und Auseinandersetzungen nicht zuletzt um dem Islam entnommene Kleidungsgebote führen dazu, dass ungehindertes Lernen in der Schule bedroht oder eingeschränkt wird sowie dass der als Teil des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages geschützte Schulfrieden gestört wird.
3. Die Schüler allgemeinbildender Schulen in Berlin gehören zu mehr als 25 % der islamischen Religion an. Die nationalen Herkunftskulturen und die Familien von 40 - 60 % der in Deutschland lebenden Muslime sind von einer islamischen Religionskultur geprägt, die eine dem Mann in vieler Hinsicht untergeordneten Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft propagiert und verwirklicht. Das schränkt die Selbstbestimmung von Frauen und Mädchen stark ein.
4. Männer und Jungen werden dazu erzogen und sind religiös-kulturell gehalten, diese dem Grundgesetz widersprechenden Gebote und Forderungen zu erheben und durchzusetzen. Das ist verbunden mit der religiös verwurzelten Vorstellung einer für Durchsetzung und Aufrechterhaltung des Islams notwendigen Vorherrschaft einer als islamisch „korrekt“ angesehenen Kultur im öffentlich-gesellschaftlichen Raum. In Moscheen und Familien wird vermittelt, dass jeder Muslim die sich daraus ergebenden Pflichten aktiv erfüllen muss. Jedenfalls ein Drittel der Muslime begreift sich so als aktiv verpflichtet.
5. In Schule und Klassenzimmer führt diese islamische Religionskultur dazu, dass ein relevanter Teil der muslimischen Schüler ihre muslimischen Mitschülerinnen mit allen Mitteln zu einem von ihnen als islamisch „korrekt“ angesehenen Verhalten anhalten und zwingen will. Das kann bis hin zu einem auf Gruppenkonformität bezogenen Mobbing reichen.
6. Auf diese Weise werden grundrechtlich geschützte Freiheiten und Rechtsgüter, nämlich die negative Religionsfreiheit der muslimischen Schülerinnen, ihr Recht auf ungehindertes Lernen und religiöse Selbstbestimmung wie der vom staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag geschützte Schulfrieden verletzt. Die schulischen Erziehungsziele umfassen das Recht auf ein Lernen und auf schulische Teilnahme frei von Diskriminierung. Die negative Religionsfreiheit der muslimischen Schülerin wirkt als ultima ratio des Grundgesetzes gegen aus einer islamischen Religionskultur heraus erhobene Forderungen und Zumutungen.

7. Die Dienstpflichten der Lehrkräfte umfassen neben der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität auch die Pflicht, möglichst gleiche Rechte und Chancen des Lernens und der schulischen Teilhabe für jede Schülerin und jeden Schüler unabhängig von deren religiöser Zugehörigkeit zu wahren. Die Lehrkräfte müssen kulturellen Druck aus einer islamischen Religionskultur heraus erkennen und derartigen Konflikten – auch mittels strikter Neutralität – entgegenwirken.
8. Das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch weibliche Lehrkräfte ist ein vorhersehbarer Faktor für die Beförderung und Entstehung der vorgenannten, aus einer islamischen Religionskultur heraus entstehenden Konflikte. Es entfaltet – unabhängig von den Motiven seiner Trägerin – selbst eine Wirkung im Sinne derartiger Konflikte. Insofern verstößt das Kopftuchtragen muslimischer Lehrkräfte gegen die ihnen obliegende, aus ihrem schulischen Dienst resultierende Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität. Die Dienstpflicht gewinnt noch an Gewicht durch das Recht muslimischer Schülerinnen und Eltern auf negative Religionsfreiheit und auf schulische Teilhabe. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag in seiner Ausprägung des Grundsatzes des Schulfriedens verstärkt die Neutralitätspflicht gegenüber allen einer islamischen Religionskultur entspringenden Auseinandersetzungen.
9. Die tatsächlichen Folgen und Auswirkungen einer islamischen Religionskultur samt den sich aus ihnen ergebenden Einschränkungen und Verletzungen der Rechte von muslimischen Schülerinnen und deren Eltern führen dazu, dass das von der Religionsfreiheit geschützte Tragen des islamischen Kopftuchs durch Lehrerinnen in der Schule gegenüber den entgegenstehenden Rechten anderer zurücktreten muss.
10. Die einander widersprechende Rechtsprechung der zwei Senate des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Kopftuch führt dazu, dass das Land Berlin der Rechtsprechung des Zweiten Senats folgen und – aufgrund einer an Berliner Schulen verbreiteten islamischen Religionskultur und der sich aus ihr ergebenden Konflikte – ein gesetzliches Verbot sowohl ausdrucksstarker religiöser Kleidung als auch entsprechender Symbole erlassen darf.
11. Die vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts vertretene weitgehende Freigabe des schulischen Tragens eines islamischen Kopftuchs durch Lehrerinnen – unter Ausnahme möglicher, auf den Einzelfall bezogener Verbote – ist abzulehnen, da in seinen Entscheidungen die einer islamischen Religionskultur entspringenden Konflikte nicht hinreichend wahrgenommen werden.
12. Das Berliner Neutralitätsgesetz ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Eine Änderung des Gesetzes ist weder geboten noch zu empfehlen. Das Verbot religiös ausdrucksstarker Kleidung wie des islamischen Kopftuchs der Lehrerin in der Schule ist angesichts bestehender religiös-kultureller Konflikte und entgegenstehender, vom Grundgesetz geschützter Rechtspositionen rechtmäßig und verhältnismäßig.