

Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)
Übung Öffentliches Recht – WS 2005/2006

Datum	Modul	Titel
21.11.2005	2a	Deutsche Grundrechte Kopftuchfall

A. Freiheit durch Schutz vor staatlichen Eingriffen (Abwehrrecht)	2
I. Sachverhalt.....	2
II. Recht.....	2
III. Eingriff	3
IV. Rechtfertigung.....	3
1. Spezielle Schranken	3
2. Allgemeine Schranken: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne	4
a) Geeignetheit	4
aa) Die negative Überzeugungs- und/oder Rezipientenfreiheit der Schulkinder	4
bb) Das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)	5
cc) Der staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG)	5
dd) Das staatliche Neutralitätsgebot.....	5
ee) Die Wahrung des Schulfriedens	6
b) Erforderlichkeit	6
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	6
d) Zwischenergebnis	7
V. Abweichende Meinung.....	7
VI. Reaktion der Landesgesetzgeber.....	9
VII. Zur Rechtmäßigkeit von § 38 Baden-Württembergisches Schulgesetz	11
B. Freiheit durch Schutz vor Grundrechtseingriffen Privater	13
I. Sachverhalt.....	13
II. Recht.....	13
1. Art. 4 GG; Art. 12 GG.....	13
2. Mittelbare Drittwirkung	13
III. Eingriff	14
IV. Rechtfertigung.....	14
1. Spezielle Schranken	14
2. Allgemeine Schranken	14
a) Geeignetheit	15
b) Erforderlichkeit	15
c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	15

A. Freiheit durch Schutz vor staatlichen Eingriffen (Abwehrrecht)

I. Sachverhalt¹

Frau M ist Angehörige der muslimischen Glaubengemeinschaft. Nach Ablegung ihres zweiten Staatsexamens für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen begehrt sie die Einstellung in den Schuldienst des Landes Baden-Württemberg. Das Oberschulamt Stuttgart lehnt ihre Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Probe als Lehrerin an Grund- und Hauptschulen mit der Begründung ab, ihr fehle wegen der erklärten Absicht, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, die für das Amt erforderliche Eignung.

Vorbemerkung: Bei der folgenden Prüfung handelt es sich nicht um meine persönliche Meinung, sondern um die Darstellung der in Dogmatik und Rechtsprechung weitgehend anerkannten Prüfungsreihenfolge von Art. 4 GG. Nur für die Zusammenfassung der vier Begriffe Religion, Glauben, Gewissen und Bekenntnis wurde der (neue) Begriff der „Überzeugungsfreiheit“ zugrunde gelegt.

II. Recht

Art. 4 GG garantiert in Absatz 1 die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses und in Absatz 2 das Recht der ungestörten Religionsausübung. Beide Absätze des Art. 4 GG enthalten ein umfassend zu interpretierendes Grundrecht, das das Bekenntnis zu Glauben, Gewissen, Religion und Weltanschauung schützt. Art. 4 GG erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu „glauben“ oder „nicht zu glauben“ (forum internum), zu bekennen oder nicht zu bekennen ..., sondern auch auf die äußere Freiheit nach seinem Glauben, Gewissen, seiner Religion und/oder Weltanschauung zu handeln und diese (so) zu verbreiten (forum externum). Die vier Begriffe „Religion(sausübung) Glaube, Gewissen und religiöses und weltanschauliches Bekenntnis“ sollen für diese Vorlesung auf den Begriff „Überzeugungsfreiheit“ reduziert und kondensiert werden. Die Bedeutung dieser „Überzeugungsfreiheit“ zeigt sich auch in Art. 4 Abs. 3 GG: Selbst im Konfliktfall mit dem staatlichen Interesse an der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland erfordert die Verfassung den Respekt vor und die Toleranz für diese Freiheit - wie sich aus der Forderung nach einer gesetzlichen Regelung der Kriegsdienstverweigerung ergibt.

Subsumtion:²

¹ Siehe [BVerfG, Urt. v. 24.09.03 – 2 BvR 1436/02](#); vorgehend BVerwG, Urt. v. 04.07.2002 – 2 C 21/01; sowie [BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, - 2 C 45/03](#); Ähnlichkeiten im Detail werden weder zugesichert noch ausgeschlossen; So auch schon: OVG Lüneburg, Urt. v. 13.03.2002 – 2 LB 2171/01.

Art. 4 Abs. 1 und 2 GG umfassen auch das Recht des Einzelnen, sein Leben seiner Überzeugung gemäß zu gestalten. Eine systematisch-teleologische Auslegung führt dazu, diese Ausübungsfreiheit im forum externum nicht nur der Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 2 und 3 GG) zuzuordnen.

Um die „Überzeugungsfreiheit“ von anderen Freiheiten des Grundgesetzes, wie etwa der Meinungs- und Kunstfreiheit (Art. 5 GG) abzugrenzen, sind Indikatoren nötig. Ein starker Indikator ist die Nähe eines Verhaltens zu einer Religion. Für die Eröffnung des Geltungsbereichs von Art. 4 GG reicht es deshalb aus, dass das Tragen eines Kopftuchs der muslimischen Glaubensgemeinschaft und damit einer Religion hinreichend plausibel als Glaubensregel zugeordnet werden kann (BVerfG a.a.O. Rn 40). Es ist nicht erforderlich festzustellen, dass das Tragen eines Kopftuches zwingend vorgeschrieben ist.

III. Eingriff

Eine staatliche Behörde, das Oberschulamt, hat gehandelt. Das Oberschulamt verweigert die Zulassung der M zum Schuldienst mit der Begründung, M sei wegen ihres Vorhabens, das Kopftuch auch während des Unterrichts zu tragen, für den Schuldienst nicht geeignet. Durch die Verwirklichung ihrer „Überzeugungsfreiheit“ verlöre die M die Eignung, die ihr nach Art. 33 Abs. 2 GG den Zugang zum „öffentlichen Amte“ des Lehrers ermöglichen würde. Mit diesem Ausschluss von der Lehrtätigkeit wird mittelbar die Ausübung eines Verhaltens untersagt, das von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt ist.

IV. Rechtfertigung

1. Spezielle Schranken

Das Grundrecht des Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthält bei grammatischer Auslegung keinen Schrankenvorbehalt. Dennoch ist es nicht schrankenlos gewährleistet. Auch Grundrechte die keine ausdrücklichen Beschränkungsmöglichkeiten nennen (im Gegensatz etwa zu Art. 2 Abs.1

² Unter Subsumtion wird die Einordnung eines Sachverhalts in das Recht verstanden. Mehrere Arbeitsschritte sind vorgesehen:

- Sachverhalt: Identifizierung des Sachverhalts und der Interessen, deren „Ausgleich“ vom Recht gefordert wird (personal (wer), temporal (wann), lokal (wo), prozessual (wie), objektiv (was), subjektiv (beabsichtigt?))
- Recht: Identifizierung des einschlägigen Rechts (unter Berücksichtigung von Rechtsordnungs- und Rechtsnormenhierarchien und der Rechtsprechung und Literatur der Plattformen).
- Subsumtion: Vereinigung von „Sachverhalt“ und „Recht“ mit drei denkbaren Ergebnissen: (1) das Recht kennt keine Antwort (weil es sich etwa um eine philosophische oder politische Entscheidung handelt, die mit den Tools des Rechts (Auslegungsmethoden und Dogmatik) nicht ersetzt werden darf oder kann); (2) das Recht kennt eine Antwort (aber nur eine). Diese Konstellation wird in der Vorlesung als „deterministisch“ bezeichnet; (3) das Recht kennt eine Mehrzahl (mindestens 2) von Optionen, die rechtmäßig sind.

GG) können rechtmäßig eingeschränkt werden. Diese Schranken müssen sich aber aus der Verfassung selbst ergeben. Das sind insbesondere die Grundrechte anderer (systematische Auslegung) sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne (dogmatische Auslegung). Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne eine Abwägung zwischen (grundrechtlich geschützten) Eingriffrechtsgütern und (grundrechtlich geschützten) Rechtfertigungsrechtsgütern impliziert, werden die „Grundrechte anderer“ innerhalb des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geprüft.

2. Allgemeine Schranken: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne

Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
Erforderlichkeit	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Eingriff in das Eingriffsrechtsgut darf in seiner Schwere nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundrechtseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

a) Geeignetheit

Als Rechtfertigungsrechtsgüter, zu deren Schutz die staatliche Maßnahme geeignet sein muss, kommen in Betracht:

aa) Die negative Überzeugungs- und/oder Rezipientenfreiheit der Schulkinder

Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, der die negative wie die positive Verwirklichung der „Überzeugungsfreiheit“ schützt, gewährleistet auch etwa die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fern zu bleiben. Das bezieht sich auch auf Kulte und Symbole, in denen ein Glaube oder eine Religion sich darstellt. Art. 4 GG überlässt es dem Einzelnen zu entscheiden, welche religiösen Symbole er anerkennt und verehrt und welche er ablehnt. Zwar hat der Einzelne in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben. Andernfalls wäre die Überzeugungsfreiheit sinnentleert, weil sie nur in geschlossenen Räumen und in Anwesenheit von Personen gleicher Überzeugung

verwirklicht werden dürfte. Von dieser grundsätzlichen Verwirklichungsfreiheit gibt es aber Ausnahmen bei vom Staat verantworteten Lebensbereichen, in denen der Einzelne ohne einfache Ausweichmöglichkeit (Weggehen, Wegblicken ...) dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist (vgl. BVerfGE 93, 1 (15 f.), „[Kruzifix-Urteil](#)“). Insofern entfaltet Art. 4 Abs. 1 und 2 GG seine freiheitssichernde Wirkung gerade in Lebensbereichen, die nicht der gesellschaftlichen Selbstorganisation überlassen, sondern vom Staat in Vorsorge genommen worden sind. (Rn 46)

bb) Das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als natürliches Recht und umfasst zusammen mit Art. 4 Abs. 1 GG auch das Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. Daher ist es zuvörderst Sache und Recht der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten. Dem entspricht in staatlich verantworteten Lebensbereichen der Anspruch, die Kinder nicht der Ausübung solcher „Überzeugungsfreiheiten“ auszusetzen, die den Eltern als falsch oder schädlich erscheinen. (Rn 45)

cc) Der staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG)

Art. 6 Abs. 2 GG enthält jedoch keinen ausschließlichen Erziehungsanspruch der Eltern. Eigenständig und in seinem Bereich gleichgeordnet neben den Eltern übt der Staat, dem nach Art. 7 Abs. 1 GG die Aufsicht über das gesamte Schulwesen übertragen ist, in der Schule einen eigenen Erziehungsauftrag aus. Wie dieser im Einzelnen zu erfüllen ist und insbesondere in welchem Umfang religiöse („überzeugungsfreiheitliche“) 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. (Rn 45)

dd) Das staatliche Neutralitätsgebot

Die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Überzeugungsfreiheit für alle (Nicht-)Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gebietet auch in positivem Sinn, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern. Der Staat darf lediglich keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltan-

schaulichen Richtung betreiben oder sich durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich aus gefährden. Auch verwehrt es der Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität dem Staat, Glauben und Lehre einer Religionsgemeinschaft als solche zu definieren und zu bewerten. (Rn 43)

ee) Die Wahrung des Schulfriedens

Das (in manchen Bundesländern und Städten auffällige) Erscheinungsbild der Lehrerin könnte zu Konflikten zwischen Eltern und Lehrkörper sowie zwischen den Schülern untereinander führen.

Eine Regelung, die es Lehrern an staatlichen Schulen verbietet, während des Unterrichts ein Kopftuch zu tragen, ist geeignet, die oben genannten Rechtfertigungsgüter positiv zu gewährleisten. Da das Kopftuch unstreitig ein religiöses Symbol ist (M beruft sich schließlich auch auf die Religionsfreiheit) und die negative Überzeugungsfreiheit der Kinder, das Erziehungsrecht der Eltern und der dem Neutralitätsgebot unterliegende Erziehungsauftrag des Staates potentiell gefährdet ist. Ein Verbot der Religionsausübung in Form des Kopftuchtragens könnte geeignet sein, dieses Risiko zu vermeiden.

b) Erforderlichkeit

Mildere, gleich effektive Mittel, sind nicht ohne Weiters ersichtlich. Sobald die Lehrerin das Kopftuch trägt, ist es für die Schüler visuell wahrnehmbar. Hinzu kommt, dass die Lehrerin mit der Lehrverantwortung auch Autoritätsperson ist. Allein das ist ausreichend, die grundrechtliche Gefährdungssituation für die Überzeugungsfreiheit anders Denkender zu begründen. Ein weniger eingreifendes Instrument, das gleich effektiven und effizienten Schutz für die Rechtfertigungsrechtsgüter verspricht, ist nicht ersichtlich.

c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

An dieser Stelle ist eine Abwägung zwischen den konfligierenden grundrechtlich geschützten Interessen (Eingriffs- und Rechtfertigungsrechtsgüter) vorzunehmen. Auch dies gehört grundsätzlich zu den Aufgaben der Gerichte, wenn sie einen Rechtsstreit zu entscheiden haben. Dabei stellt sich jedoch die Frage, inwieweit es zulässig sein soll, dass die Judikative durch ihre Tätigkeit Bereiche des gesellschaftlichen Miteinanders rechtlich mehr oder weniger tief greifend regelt und damit in den originären Aufgabenbereich des parlamentarischen

Gesetzgebers eingreift. Das BVerfG hat diese Konfliktlage zwischen Rechtsprechung als Staatsaufgabe auf der einen Seite sowie Gewaltenteilungsprinzip und Demokratiegebot auf der anderen Seite erkannt und zur Grenzziehung die so genannte „Wesentlichkeitstheorie“ entwickelt:

Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, die für Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen selbst zu treffen. Wie weit der Gesetzgeber die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, richtet sich nach dessen Grundrechtsbezug. Eine Pflicht dazu besteht, wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinander treffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. (Rn 67)

Wann es einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen. Zwar führt allein der Umstand, dass eine Regelung politisch umstritten ist, nicht dazu, dass diese als wesentlich verstanden werden müsste. Nach der Verfassung sind die Einschränkung von grundrechtlichen Freiheiten und der Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten aber dem Parlament vorbehalten, um sicherzustellen, dass Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären. (Rn 68)

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass das Kopftuchverbot eine spezielle gesetzliche Rechtsgrundlage verlangen würde. Diese wäre von den Ländern zu schaffen.

V. Abweichende Meinung

Drei von acht Richtern des zur Entscheidung berufenen Zweiten Senats des BVerfG sind der oben dargestellten Mehrheitsmeinung des Senats nicht gefolgt. Ihre abweichende Meinung ist im Anschluss an die Entscheidung abgedruckt. Danach würde die Grundrechtsprüfung bereits unter dem Prüfungspunkt „Recht“ ihr Ende finden:

Wer Beamter würde, stelle sich kraft freier Willensentschließung und –betätigung auf die Seite des Staates. Der Beamte könne sich deshalb nicht in gleicher Weise auf die freiheitssichernde Wirkung der Grundrechte berufen wie jemand, der nicht in die Staatsorganisation

eingegliedert ist. In Ausübung seines öffentlichen Amtes käme dem Beamten deshalb das durch die Grundrechte verbürgte Freiheitsversprechen gegen den Staat nur insoweit zu, als sich aus dem besonderen Funktionsvorbehalt des öffentlichen Dienstes keine Einschränkungen ergäben. Der beamtete Lehrer unterrichte auch im Rahmen seiner persönlichen pädagogischen Verantwortung nicht in Wahrnehmung eigener Freiheit, sondern im Auftrag der Allgemeinheit und in Verantwortung des Staates. Beamtete Lehrer genössen deshalb bereits vom Ansatz her nicht denselben Grundrechtsschutz wie Eltern und Schüler: Die Lehrer seien grundrechtsverpflichtet, weil sie an der Ausübung öffentlicher Gewalt (Rn 77) beteiligt seien – und nur eingeschränkt grundrechtsberechtigt.

Mit der Formulierung von Dienstpflichten für die Beamten genüge die staatliche Verwaltung auch ihrer Bindung aus Art. 1 Abs. 3 GG. Die Dienstpflicht des Beamten sei die Kehrseite der Freiheit desjenigen Bürgers, dem die öffentliche Gewalt in der Person des Beamten gegenüberträte. Würden dem Lehrer Dienstpflichten für die Ausübung seines Amtes auferlegt, gehe es daher nicht um Eingriffe in die staatsfreie Gesellschaft und die dadurch begründete Forderung nach dem parlamentarischen Gesetz zum Schutz der Grundrechtsträger (Lehrer insoweit ≠ Grundrechtsträger) Mit Dienstpflichten sichere der Staat in seiner Binnensphäre die gleichmäßige, gesetzes- und verfassungstreue Verwaltung. (Rn 78)

Wer den grundrechtsverpflichteten Lehrer primär als Grundrechtsträger begreift und seine Freiheitsansprüche damit gegen Schüler und Eltern richte, verkürzt die Freiheit derer, um deren Willen mit der Wesentlichkeitstheorie der Gesetzesvorbehalt im Schulrecht ausgedehnt wurde. (Rn 80)

Verbiete der Staat jemandem das zumindest auch religiös motivierte Tragen des Kopftuches auf einem öffentlichen Platz, greife er zweifellos in das Grundrecht der Religionsfreiheit ein. Möchte der Beamte dagegen in einem bereits von der Verfassung als neutral bestimmten Bereich - hier im Unterricht einer staatlichen Pflichtschule - und als Repräsentant der Allgemeinheit religiös begriffene Zeichen setzen, so übe er nicht eine ihm als Individuum zustehende Freiheit im gesellschaftlichen Raum aus. Die Freiheitsentfaltung des Beamten im Dienst sei von vornherein durch die Sachnotwendigkeiten und vor allem die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Amtes begrenzt - anders würde die Verwirklichung des Volkswillens an einem Übermaß von Freiheitsansprüchen der Repräsentanten des Staates scheitern. Bei der Wahrnehmung des Schuldienstes habe der Lehrer die Grundrechte der Schüler und ihrer Eltern zu achten - er stehe nicht nur auf der Seite des Staates, der Staat handele durch ihn. Wer den Beamten, abgesehen von Statusfragen, als uneingeschränkt grundrechtsberechtigt gegen-

über seinem Dienstherrn sähe, löse die um der Freiheit von Kindern und Eltern willen gezogene Grenze zwischen Staat und Gesellschaft auf. Somit würde in Kauf genommen, dass die Durchsetzung demokratischer Willensbildung erschwert und einer schwer kontrollierbaren juristischen Abwägung zwischen Grundrechtspositionen von Lehrern, Eltern und Schülern der Weg geebnet würde. (Rn 87)

Wer ein öffentliches Amt erstrebe, suche im status activus die Nähe zur öffentlichen Gewalt und begehrt die Begründung eines besonderen Dienst- und Treueverhältnisses zum Staat. Diese besondere Pflichtenstellung überlagere den grundsätzlich auch für Beamte geltenden Schutz der Grundrechte, soweit Aufgabe und Zweck des öffentlichen Amtes dies erforderten. Dementsprechend gewähre auch der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende staatsbürgerliche Anspruch gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nur, wenn der Bewerber dessen Tatbestandsvoraussetzungen - Eignung, Befähigung, fachliche Leistung - erfülle. Der Dienstherr sei befugt und von Verfassungs wegen verpflichtet, die Eignung eines Bewerbers für ein öffentliches Amt festzustellen (Art. 33 Abs. 2 GG). (Rn 92)

Eine Lehrerin an einer Grund- oder Hauptschule verstoße gegen Dienstpflichten, wenn sie im Unterricht mit ihrer Kleidung Symbole verwende, die objektiv geeignet sind, Hindernisse im Schulbetrieb oder gar grundrechtlich bedeutsame Konflikte im Schulverhältnis hervorzurufen. Das von der Beschwerdeführerin begehrte „kompromisslose“ Tragen des Kopftuchs im Schulunterricht sei mit dem Mäßigungs- und Neutralitätsgebot eines Beamten nicht zu vereinbaren. (Rn 102)

Im Schuldienst habe der Lehrer die Verwendung solcher signifikanter Symbole zu unterlassen, die geeignet seien, Zweifel an seiner Neutralität und professionellen Distanz in politisch, religiös oder kulturell umstrittenen Themen zu wecken. Dabei könne es nicht darauf ankommen, welchen subjektiven Sinn der beamtete Lehrer mit dem von ihm verwendeten Symbol verbinde. Entscheidend sei vielmehr die objektive Wirkung des Symbols. (Rn 108)

VI. Reaktion der Landesgesetzgeber

Änderung der Schulgesetze etwa in Hessen und Baden-Württemberg³:

§ 86 Hessisches Schulgesetz (Stand 16.11.2005)

[Rechtsstellung der Lehrerinnen und Lehrer]

³ Siehe dazu BVerwG, Urt. V. 24.06.2004, - 2 C 45/03:
<http://www.bundesverwaltungsgericht.de/media/archive/2282.pdf>

(1) Lehrerin oder Lehrer im Sinne dieses Gesetzes ist, wer an einer Schule selbstständig Unterricht erteilt. Lehrerinnen und Lehrer an öffentlichen Schulen sind in der Regel Bedienstete des Landes. Sie sind in der Regel in das Beamtenverhältnis zu berufen.

(2) Die Lehrerinnen und Lehrer erziehen, unterrichten, beraten und betreuen in eigener Verantwortung im Rahmen der Grundsätze und Ziele der §§ 1 bis 3 sowie der sonstigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften und der Konferenzbeschlüsse. Die für die Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Lehrerin oder des Lehrers erforderliche pädagogische Freiheit darf durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften und Konferenzbeschlüsse nicht unnötig oder unzumutbar eingeengt werden. Lehrerinnen und Lehrer sind verpflichtet, sich regelmäßig fortzubilden und einen Nachweis über die Erfüllung dieser Verpflichtung zu führen.

(3) Zur Gewährleistung der Grundsätze des [§ 3 Abs. 1](#) haben Lehrkräfte in Schule und Unterricht politische, religiöse und weltanschauliche Neutralität zu wahren; [§ 8](#) bleibt unberührt. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden in der Schule zu gefährden. Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen. Für Lehrkräfte im Vorbereitungsdienst kann die zuständige Behörde auf Antrag abweichend von Satz 2 im Einzelfall die Verwendung von Kleidungsstücken, Symbolen oder anderen Merkmalen zulassen, soweit nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen.

(..)

§ 38 Baden-Württembergisches Schulgesetz (Stand: 16.11.2005)

Lehrer

(1) Die Lehrer an den öffentlichen Schulen stehen im Dienst des Landes.

(2) Lehrkräfte an öffentlichen Schulen nach § 2 Abs. 1 dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußeren Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den poli-

tischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Artikel 12 Abs. 1, Artikel 15 Abs. 1 und Artikel 16 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1. Das religiöse Neutralitätsgebot des Satzes 1 gilt nicht im Religionsunterricht nach Artikel 18 Satz 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg .

(3) Die Ernennung eines Bewerbers nach § 9 des Landesbeamtengesetzes für eine Tätigkeit an öffentlichen Schulen nach § 2 Abs. 1 setzt als persönliches Eignungsmerkmal voraus, dass er die Gewähr für die Einhaltung des Absatzes 2 in seiner gesamten, voraussichtlichen Dienstzeit bietet. Für die Versetzung einer Lehrkraft eines anderen Dienstherrn in den baden-württembergischen Schuldienst gilt Satz 1 entsprechend.

(4) Für die Ableistung des Vorbereitungsdienstes für ein Lehramt können auf Antrag Ausnahmen von den Absätzen 2 und 3 im Einzelfall vorgesehen werden, soweit die Ausübung der Grundrechte es zwingend erfordert und zwingende öffentliche Interessen an der Wahrung der amtlichen Neutralität und des Schulfriedens nicht entgegenstehen.

(5) Absätze 2 bis 4 gelten entsprechend für Lehrkräfte im Angestelltenverhältnis.

(6) Die Lehrkräfte tragen im Rahmen der in Grundgesetz, Verfassung des Landes Baden-Württemberg und § 1 dieses Gesetzes niedergelegten Erziehungsziele und der Bildungspläne sowie der übrigen für sie geltenden Vorschriften und Anordnungen die unmittelbare pädagogische Verantwortung für die Erziehung und Bildung der Schüler.

VII. Zur Rechtmäßigkeit von § 38 Baden-Württembergisches Schulgesetz

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts datiert vom 24. September 2003. Mit der Aufhebung des angegriffenen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Juli 2002 wurde die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Da das Bundesverfassungsgericht sein Urteil auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für das Kopftuchverbot stützte, nicht aber ein entsprechendes schulrechtliches Gebot zur religiösen Neutralität als verfassungswidrig ausschloss, war ein Tätigwerden der Landesgesetzgeber abzusehen. Das Land Baden-Württemberg hat durch Gesetz vom 1. April 2004 § 38 Schulgesetz (Baden-Württemberg) in der oben genannten Fassung erlassen. Ab dem 1. August 2005 gilt in Hessen mit dem o.g. § 86 Schulgesetz (Hessen) eine ähnliche Regelung, die an die „...christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen..“ anknüpft.

Von besonderem Interesse ist indessen die entsprechende Baden-Württembergische Rechtsnorm. Denn offenbar hat das Bundesverwaltungsgericht bei seinem vom 24. Juni 2004 datierenden Urteil ihren Erlass abgewartet, um sie sodann als Rechtsgrundlage für ein schulrechtliches Kopftuchverbot in Baden-Württemberg heranzuziehen. Es führt dazu aus:

„Dabei ist in der Revisionsinstanz das Recht anzuwenden, das das Berufungsgericht anzuwenden hätte, wenn es zu diesem Zeitpunkt entschiede. (...) Hiervon geht auch das Bundesverfassungsgericht (a.a.O. S. 313) aus. Es hat die Sache an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Hinweis zurückverwiesen, es sei zu erwarten, dass das Verfahren dort auf der Grundlage des gemäß § 127 Nr. 2 BRRG revidierten § 11 Abs. 1 LBG zum Abschluss gebracht werden könne; der maßgebliche Begriff der Eignung sei dabei entsprechend den – gegebenenfalls veränderten - Vorgaben im Schulrecht des Landes auszulegen und anzuwenden.“ (S. 7)⁴

Das Bundesverwaltungsgericht kommt in seinem Urteil vom 24. Juni 2004 zu dem Ergebnis, das der (neue) § 38 Abs. 2 und Abs. 3 Baden-Württembergisches Schulgesetz eine – auch hinreichend bestimmte – Rechtsgrundlage für ein Kopftuchverbot ist:

„Eine Regelung, die Lehrern untersagt, in der Schule äußerlich dauernd sichtbar ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft oder Glaubensrichtung erkennen zu lassen, ist Teil der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion im Bereich der Schule. Wie auf die Vielfalt der Glaubensüberzeugungen in der Schule zu antworten ist, insbesondere, welche Verhaltensregeln in Bezug auf Kleidung und sonstiges Auftreten für Lehrerinnen und Lehrer zur näheren Konkretisierung ihrer allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten und zur Wahrung des religiösen Friedens in der Schule aufgestellt werden sollen, kann und muss der demokratisch legitimierte Landesgesetzgeber entscheiden. (...) Es ist seine Sache zu entscheiden, ob er eine großzügige Lösung wählt, die es ermöglicht, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung gegenseitiger Toleranz zu nutzen, oder ob er wegen des größeren Potenzials möglicher Konflikte in der Schule den Weg geht, der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen und demgemäß 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 (BVerfGE 108, 282 <310>). (...)“

⁴ [BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, - 2 C 45/03, S. 7.](#)

Der Landesgesetzgeber hat den Weg gewählt, möglichen Konflikten präventiv zu begegnen. Bereits die abstrakte Gefahr, die der staatlichen Neutralität oder dem Schulfrieden aus einer politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnlichen äußeren Bekundung erwachsen kann, genügt ihm als Anlass, entgegenwirkende Verhaltensvorschriften aufzustellen. Das Einbringen religiöser oder weltanschaulicher Bezüge in Schule und Unterricht durch Lehrkräfte kann den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Erziehungsauftrag, das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler beeinträchtigen. Es eröffnet zumindest die Möglichkeit einer Beeinflussung der Schulkinder sowie von Konflikten mit Eltern, die zu einer Störung des Schulfriedens führen und die Erfüllung des Erziehungsauftrags der Schule gefährden können (BVerfG a.a.O. S. 302).“ (Rn. 31-32)

B. Freiheit durch Schutz vor Grundrechtseingriffen Privater

I. Sachverhalt⁵

Das Kaufhaus (K) beschäftigt eine in der Türkei geborene Arbeitnehmerin (A) als Verkäuferin. Eines Tages teilt A ihrem Arbeitgeber mit, dass sie sich aufgrund einer Wandlung ihrer religiösen Vorstellungen in der Öffentlichkeit, auch bei ihrer Arbeitstätigkeit, nicht mehr ohne Kopftuch zeigen wolle. K kündigt daraufhin das Arbeitsverhältnis. Eine Weiterbeschäftigung sei ausgeschlossen, weil das Verkaufspersonal gehalten sei, sich dem Stil des Hauses entsprechend gepflegt und unauffällig zu kleiden. Gerade in der Parfümerieabteilung sei eine Verkäuferin mit Kopftuch nicht tragbar.

II. Recht

1. Art. 4 GG; Art. 12 GG

Auch in diesem Fall ist das Tragen des Kopftuchs religiös motiviert und somit von Art. 4 GG geschützte Religionsausübung als Element der Überzeugungsfreiheit. Zudem ist durch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Verkäuferin ihre Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, der A betroffen.

2. Mittelbare Drittwirkung

Nach der klassischen Grundrechtsbetrachtung könnte sich A dennoch nicht auf die Schutzwirkung der Grundrechte berufen, da es sich zwischen A und K um eine rein zivilrechtliche Beziehung handelt. Entsprechend dem ursprünglichen Grundrechtsverständnis sind die

⁵ [BVerfG, Urt. v. 30.07.03 – 1 BvR 792/03.](#)

Grundrechte allein Abwehrrechte gegen Übergriffe des Staates, beanspruchen aber keine Geltung zwischen Privaten. Die Rechtsprechung hat für diese Fälle jedoch die Figur der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte entwickelt. Danach entfalten die Grundrechte im Privatrechtsverkehr ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch das Medium der Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, und damit vor allem durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (etwa § 242 BGB „Treu und Glauben“, aber auch die Kündigungsschutzvorschriften, hierzu unten).

III. Eingriff

Durch die Kündigung wurde der A ein Verhalten unmöglich gemacht, das von dem Recht des Art. 4 GG bzw. Art. 12 GG geschützt ist. A darf entweder ihr Kopftuch tragen und ihre Stellung verlieren oder ihr Kopftuch nicht tragen und die Stellung behalten. Die Berufsausübung ist an den Verzicht der Verwirklichung der Überzeugungsfreiheit und die Überzeugungsfreiheit an den Verzicht der Ausübung der Berufsfreiheit geknüpft. Ein Eingriff in beide Grundrechte liegt damit vor.

IV. Rechtfertigung

1. Spezielle Schranken

Art. 4 GG ist ohne Gesetzesvorbehalt gewährt. Art. 12 Abs.1 S.2 GG bestimmt dagegen ausdrücklich, dass die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden kann.

2. Allgemeine Schranken

Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
Erforderlichkeit	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Eingriff in das Eingriffsrechtsgut darf in seiner Schwere nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundrechtseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

a) Geeignetheit

Als Rechtfertigungsrechtsgüter kommen die kollidierenden Grundrechte anderer in Betracht. In diesem Fall die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers (K) (Art. 12 Abs. 1 GG), die das Recht umfasst, den Betrieb nach den eigenen Vorstellungen zu organisieren und damit auch Arbeitnehmer zu entlassen. Die Kündigung der A könnte demnach zum Schutz der Interessen des K geeignet sein.

b) Erforderlichkeit

Da die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit die Entscheidungsbefugnis der am Wirtschaftsleben Beteiligten schützen soll, könnte sich an dieser Stelle die Prüfung von alternativen Handlungsmöglichkeiten erübrigen. Bei anderer Betrachtung käme eine Versetzung in andere Abteilungen des Kaufhauses (Werkzeugverkauf, Lebensmittel ...) theoretisch in Betracht

c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Bei der Abwägung der kollidierenden Grundrechte – hier der Eingriffsrechtsgüter – sei maßgeblich zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber vorliegend nicht plausibel darlegen konnte, dass eine Weiterbeschäftigung der A die konkrete Gefahr des Eintritts negativer betrieblicher oder wirtschaftlicher Folgen bewirken würde. Es handele sich um eine Kündigung auf „Verdacht“. Etwaige negative betriebliche Auswirkungen könnten zudem dadurch vermieden werden, dass die A in weniger exponierten Abteilungen des Kaufhauses als Verkäuferin eingesetzt würde (siehe oben unter b). Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit im Hinblick auf das Recht zur Kündigung von Arbeitnehmern sei bereits durch den Gesetzgeber in zulässiger Weise eingeschränkt worden. Der Gesetzgeber sei zum Schutz deren Berufsfreiheit verpflichtet (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) und habe in Wahrnehmung dieser Funktion Normen zum Schutz vor Kündigung durch den Arbeitgeber erlassen. Nach § 1 Abs.2 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) sei eine Kündigung nur gerechtfertigt, wenn und soweit diese auf Grund plausibler und nachvollziehbarer Erwägungen durch personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe „bedingt“ sei, die einer „Weiterbeschäftigung“ des Arbeitnehmers entgegenstünden. Nach Auffassung des entscheidenden Gerichts seien solche Gründe im vorliegenden Fall nicht plausibel dargelegt. Es fehle also bei einer verfassungskonformen Auslegung der Kündigungsvorschriften an einer verhaltensbedingten Grund, der die Kündigung rechtfertige.